No. 26 Noviembre 2008

Revista de la Facultad de DERECHO

Facultad *de* DERECHO

0340.05
R454r
Vol.16 #26
Nov 2008

BIBLIOTECA
LUDWIG VON MISES
UFM GUATEMALA

Revista de la Facultad de Derecho

No. 26, [noviembre 2008]

UFM
universidad
FRANCISCO MARROQUIN
FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD

Giancarlo Ibarguen
Rector
Octavio Benfatto
Vicerrector
Ricardo Parellada
Tesorero
Vocales
Manuel Ayau G.
Jens P. Bornholt
Diono Conello de Luno
William Olysloger
Luis Fernando Somayoo

506909

CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Milton Estuardo Argueta Pinto
Decono
Ana Gisela Castillo Aparicio
Secretorio
María Luisa Beltranena de Padilla
Representonte Docente
Luis Abundio Maldonado
Representonte Estudiontil

DIRECTORIO DE LA REVISTA

Directoro
Kimberly Monroy Ardón
Subdirectoro
Jacqueline Hazbun
Búsquedo y odquisición de contenido
Diego Calvo (Coordinador)
Javier Bauer *(Sub Coordinodor)*
María Paulina Pontaza, Fernando Barrios, Ashley Sosa, Christian Skinner Klee.

Evoluoción y revisión de contenido
Alfonso Carrillo *(Coordinodor)*
María Isabel Carrascosa *(Sub Coordinodoro)*
Lucia Bahr, María Inés Hidalgo, Katty Romero, Stephanie Bernhard Buezo.

Distribución y Promoción
Gustavo Aguirre *(Coordinodor)*
Diana Morales *(Sub Coordinodoro)*
Diego Marroquín, Jenny Sandoval, María Fernanda Barillas, Inés de la Cruz, Astrid Pérez.

Estético
Nathalie Dardón
Fotogrofío
Relaciones Públicas UFM
Emoil
revista@ufm.edu
Diseño e Impresión
Serviprensa, S.A.
Copyrigth 2008 Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala.

Contenido

Editorial

Derecho de Consumo y Mercado / 7
Lic. Fausto Garcia Delgadillo

Artículos

Derecho

Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho Internacional (I) / 11
Lic. Gabriel Orellana Zabalza

Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho Internacional (II) / 23
Lic. Gabriel Orellana Zabalza

La gran confusión sobre el "estado de derecho" / 37
Lic. Luis Pedro Álvarez

Trámites para crear compañías en Centroamérica / 43
Licda. Lizzie Medrano de Gamberale

Derecho y Política

Un mejunje indecente: Corrección política, insensibilidad jurídica y sectarismo / 57
Licda. Karen Cancinos

Satanizando al libre mercado: una medida más de la izquierda reinventada / 65
Licda. Ana Gisela Castillo

Entrevista

Práctica y docencia / 69
Licda. Thelma Noemí del Cid Palencia

¡CUIDE ESTE LIBRO
COMO SI FUERA SUYO!
Si lo pierde ó lo devuelve en mal estado,
se le cobrará su costo de reposición

Digitized by the Internet Archive
in 2012 with funding from
Universidad Francisco Marroquín

http://archive.org/details/revistadelafacu26univgua

Editorial

Derecho de Consumo y Mercado

Por Lic. Fausto García Delgadillo

Se discute actualmente en el Congreso de la República de Guatemala un proyecto de ley por el cual se pretende crear una Procuraduría de Defensa a Consumidores y Usuarios; esta situación hace que nos hagamos la siguientes preguntas: ¿hasta qué punto las leyes de protección al consumidor cumplen realmente su función proteccionista? ¿No es el mercado una mejor herramienta de protección al consumidor?

Según el cuarto considerando de nuestra actual Ley de Protección al Consumidor y Usuario[1] «... la dispersión de legislación vigente que regula el sistema económico deviene ineficaz y en muchos casos inoperante, contraria a los intereses de los consumidores o usuarios y no responde a las características de una economía moderna, abierta y dinámica, por lo que es necesario disponer de un marco legal que desarrolle y promueva en forma efectiva los derechos y obligaciones de los consumidores y usuarios de manera equitativa en relación a los proveedores.»; llama sobremanera mi atención que el legislador al parecer está afirmando que una economía moderna, abierta y dinámica no es suficiente para proteger a los consumidores, además de tratar a éstos como una categoría colectiva sin reparar que el titular de los Derechos es siempre un individuo y no una colectividad. ¿Es el mercado realmente ineficiente en materia de protección a los consumidores?

En los últimos años ha habido una excesiva producción de literatura jurídica sobre el llamado «Derecho de Consumo», entendiendo como tal, aquella rama del Derecho que tiene por objeto la protección jurídica del destinatario final de bienes y servicios –consumidor–, situándolo en el otro polo de la relación jurídica mercantil como opuesto al empresario. Claro es que esta producción de literatura jurídica responde a una masiva producción legislativa en esta materia; pero, ¿existe una relación directa entre una mayor cantidad de leyes o leyes más férreas y una mayor protección al consumidor? Considero que no, y que incluso una regulación de esta naturaleza tendría el efecto lógico de disminuir la oferta de productos y servicios ya que representan un desincentivo para el empresario, quien cada vez debe cumplir con una mayor cantidad de requisitos para poder comercializar sus productos o servicios. Además, leyes de esta naturaleza hacen parecer al consumidor como un ser incapaz de tomar decisiones por sí mismo sobre los productos que pretende adquirir y sus características; vemos pues que leyes excesivas –tanto en cantidad como en rigidez de regulación– no cumplen con el propósito para el cual fueron creadas –la protección del consumidor y el usuario–.

No obstante lo anterior, existe una corriente de pensamiento diferente dentro de este mar de autores que creen que el Derecho de Consumo debe tender hacia un mayor control estatal y una mayor regulación legislativa, esta línea de pensamiento hace ver el efecto económico negativo de una sobrerregulación en la materia y propone al mercado como la forma más eficiente de proteger al consumidor; yo comulgo

1 Decreto 6-2003 del Congreso de la República.

con esta corriente doctrinaria ya que considero que es precisamente el mercado el que debe al final eliminar a aquellas empresas que no llenen las expectativas de los consumidores por la calidad de los productos que ofrecen, y precisamente el último juez en todo esto debe ser el individuo que adquiera los productos o servicios quien debe ser libre de elegir entre la oferta que se le presenta, pero para que la elección sea realmente libre debe existir una mínima intervención estatal, debiendo el consumidor o usuario abogar porque sea él mismo quien realmente elija y no las autoridades de turno mediante políticas proteccionistas.

Por lo tanto el legislador guatemalteco debe actuar con mucha cautela para no incurrir en el error de emitir leyes excesivamente proteccionistas en materia de Derecho de Consumo que únicamente desincentivarán la oferta de productos y servicios, crearán un alza en los precios de dichos productos y servicios –alza producida por un aumento en los costos de producción y comercialización–, y de esa manera lejos de beneficiar al consumidor y usuario le estarían perjudicando, ya que al final lo que a todos interesa es obtener productos de buena calidad a menor precio, y esto sólo se consigue dejando que el mercado actúe libremente.

Derecho

Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho Internacional (I)

Por Gabriel Orellana Zabalza[1]

I. Introducción

El estudio de las fuentes del derecho versa sobre el origen de las normas que integran el ordenamiento jurídico en una determinada sociedad, en referencia a su aparición, elaboración y expresión.[2] Dicho de otra manera, las fuentes del derecho son una manifestación de cuál es el derecho y dónde puede ser encontrado. Buscan identificar al derecho.

En el derecho internacional, al igual que en los sistemas nacionales, mediante las fuentes del derecho se crean, modifican o extinguen las normas jurídicas internacionales. Son los procedimientos a través de los cuáles el derecho internacional nace, se modifica y se extingue.[3] Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los sistemas nacionales, en donde es un hecho cuáles son las fuentes, el estudio que se hace de las fuentes del derecho internacional es fundamental en la práctica.

Tenemos entonces que, tradicionalmente, se distingue entre las fuentes materiales y las fuentes formales del derecho.[4] Las primeras están constituidas por factores históricos, políticos, sociales, morales, ideológicos, entre otros, que influyen en la creación y contenido de las normas jurídicas. Por su lado, las fuentes formales son "las formas obligadas y predeterminantes que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del Derecho".[5] Es desde esta perspectiva que se desarrolla esta investigación.

El presente estudio será dividido en dos partes, las cuales han sido agrupadas de manera que se logre mantener la mayor coherencia posible. La primera toma, por lo tanto, como punto de partida el estudio de las fuentes del derecho internacional el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. De la identificación de las reglas que utiliza la Corte para resolver las controversias que sean sometidas a su consideración, se estudiará el objeto y función de cada una de las fuentes tradicionales del derecho internacional. En especial, se enfatizará en algunos de los problemas operacionales de estas fuentes.

1 Candidato Doctoral en Derecho Internacional (Universitat zu Köln); LL.M. int. (Universidad de Chile & Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg); Abogado y Notario (Universidad Francisco Marroquín).

2 Mouchet, C. & Zorraquin Becu, R. *Introducción al Derecho*. Editorial Perrot. 4ª Edición. Buenos Aires (1959), p. 151; Pacheco G., M. *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (1976), p. 315.

3 Diez de Velasco, M. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. 15ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid (2005), p. 91.

4 García Maynez, E. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. 20ª Edición. México, (1972), p 51 Ver también. Mouchet, C. & Zorraquin Becu, R. *Introducción*. ... p 151 y ss., Pacheco G., M. *Introducción*... p. 316, Brownlie, I. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press. 5th Edition. Nueva York (1998), p. 1; Wallace, R. *International Law* Sweet and Maxwell 3rd Edition. Londres (1997), p. 7

5 Bonnecase, J. *Introducción al Estudio del Derecho*. Volumen I Editorial José M. Cajica Jr. México, (1944), Pp. 131 y 132.

Posteriormente, en la segunda, se consideran algunas de las llamadas 'nuevas' fuentes del derecho internacional, destacando el verdadero alcance de éstas como creadoras de normas vinculantes para los sujetos del derecho internacional. Luego, se aborda el tema de la interrelación y la jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, y los posibles problemas que puede acarrear. Finalmente se analizará, brevemente, la situación jurídica de las fuentes del derecho internacional en el derecho guatemalteco.

II. Fuentes tradicionales del Derecho Internacional: El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Las fuentes del derecho internacional encuentran su esquema en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyo texto actual señala:

1. "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

   a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

   b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

   c. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

   d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren".

Esta disposición se refiere a las funciones de la Corte Internacional de Justicia, y deviene de lo dispuesto en el Estatuto de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional,[6] así como de la práctica de varios Tribunales Arbitrales.[7]

Llama la atención la siguiente frase: '*cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas*', contenida en el primer párrafo del artículo 38 citado. Ésta fue añadida en al Estatuto de la CIJ en 1946 con el fin de enfatizar que, en la aplicación de los subpárrafos (a) a (d), la Corte estaría aplicando derecho internacional. En otras palabras, las fuentes que ahí se mencionan constituyen las fuentes reconocidas del derecho internacional.[8]

Por otro lado, la referencia a las decisiones '*ex aequo et bono*' implica que el Estatuto de la CIJ abre la posibilidad de acoger una jurisdicción especial de equidad en el plano internacional, siempre que exista el consentimiento de las partes para ello. En otras palabras:

> "El carácter no imperativo de las reglas de Derecho de gentes tiene por consecuencia que los sujetos de derecho, creadores de sus normas, puedan someter sus litigios a otras reglas de Derecho que a las que han sido formadas por medio del procedimiento legislativo autónomo".[9]

---

6 Ver artículo 38, Estatuto CPJI.

7 Brownlie, I. *Principles of....* p. 3; De La Guardia, E. *Derecho Internacional de los Tratados Internacionales*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires (1997), p. 33 y ss.; Monroy Cabra, M. G. *Derecho de los Tratados*. Editorial Temis. Bogotá (1978), p. 1 y ss.

8 Brownlie, I. *Principles of....* p. 3; Villagrán Kramer, F. *Casos y Documentos de Derecho Internacional*. Editorial del Ministerio de Educación Pública "José de Pineda Ibarra". Guatemala (1960), p. 11. Ver también: Ovalle Martínez, E. O. *Manual de Derecho Internacional Público*. Editorial Praxis. Guatemala (1999); Larios Ochaita, C. *Apuntes de Derecho Internacional Pública*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala (1984); Vieira, M. A. *Prayecciàn del Derecho Internacional en las Constitucianes Nacianales*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (1983).

9 Guggenheim, P. *Traité de Droit International Public*. Tomo I. 2ª Edición. Ginebra (1967), p. 212.

Manteniendo, sin embargo, la imperatividad de las normas de *jus cogens*, tal y como lo preceptúa el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[10] Toda vez que estas normas no admiten acuerdo en contrario y sólo pueden ser modificadas por una norma posterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter. Tal fue la conclusión de la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre la *Disputa Fronteriza*:

> "Es evidente que la Sala no puede, en este caso, juzgar ex aequo et bono [conocido el rechazo de las partes sobre este particular]. La Sala debe igualmente descartar cualquier recurso en este caso a la equidad contra legem, al no haber recibido de las partes la misión de proceder a un ajuste de sus respectivos intereses. La Sala tampoco aplicará la equidad praeter legem. En cambio la Sala tendrá en cuenta la equidad tal y como se expresa en su aspecto infra legem, es decir la forma de equidad que constituye un método de interpretación del derecho en vigor y uno de sus atributos. En efecto, como la Corte ha observado: 'No se trata simplemente de llegar a una solución equitativa, sino de llegar a una solución equitativa que se base en el derecho aplicable' (ICJ, Reports (1974), Competencia en materia de pesquerías, p. 33, para. 78; p. 202, para 69). El modo como la Sala enfoque la consideración concreta de esta equidad en el caso se deducirá de la aplicación que haga, a lo largo de la presente sentencia, de los principios y reglas que juzgue aplicables".[11]

10 Artículo 53, CVDT: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

11 *Frontier Dispute* (Burkina Faso v. Republic of Mali), ICJ Reports (1986), Pp. 567-568, para. 28.

A. *Tratados*

Los tratados son el medio más común por el que dos o más Estados pueden crear normas obligatorias para ellos. Motivo por el cual los principios y normas que los regulan fueron codificados, en gran parte, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.[12]

El propósito de celebrar cualquier tratado es que las partes puedan contar con que el mismo va a ser cumplido por ellas, aun cuando su cumplimiento se vuelva demasiado oneroso o no deseado por las partes. Lo anterior no es más que un reflejo del principio *pacta sunt servanda*,[13] mismo que convierte a los tratados en una de las formas más evidentes en que pueden emerger normas vinculantes para dos o más Estados.

Por medio de los tratados, los Estados partes aceptan el compromiso de realizar ciertos actos o de comportarse de alguna manera que, normalmente, no sería requerida si no existiera el tratado. En tal sentido, por medio de un tratado los Estados pueden desviarse de las reglas generales de derecho internacional, siempre sujeto a los límites de las normas de *jus cogens*.[14]

Una parte a un tratado se encuentra comprometida a cumplir con lo que se pactó. Razón por la que una parte que no se ha comprometido por un tratado no tiene esa obligación.[15] Sin embargo, existen dos excepciones a esta regla:

12 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada el 23 de mayo de 1969. Entró en vigor el 27 de enero de 1980. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331; 8 ILM 679 (1969)

13 Thirlway, H. *The Sources of International Law*. In Evans, M. (ed.) *International Law*. Oxford University Press. Oxford (2003), p. 121-122

14 Este concepto será explicado posteriormente en este artículo. En resumen, se considera que el Derecho Internacional se encuentra dividido en el *jus dispositivum*, aquellas reglas de las cuales los Estados pueden separarse mediante tratados y en el *jus cogens*, una categoría de normas compuesta por un numero limitado de normas que, por su importancia en y para la comunidad internacional, son obligatorias aun cuando se pacte en contrario. El concepto de *jus cogens* generalmente es aceptado, y la discusión se centra en cuanto a su aplicación, en la forma en que las normas adquieren el estatus de *jus cogens*, y cuáles normas han obtenido ese estatus.

15 Ver artículo 34, CVDT.

i) Que una obligación establecida en un tratado sea o se transforme en costumbre internacional.

ii) Que un Estado que no es parte a un tratado acepte una obligación del mismo, o que adquiera un beneficio de ese tratado si todos los Estados parte al mismo así lo acuerdan.

No obstante, la manera tradicional de formar parte de un tratado es aceptando ser parte del mismo.

Son los tratados el medio más común por el cual dos o más Estados pueden crear normas obligatorias para ellos. Los principios y normas que los regulan fueron codificados, en gran parte, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, el artículo 38(1)(a) del Estatuto de la CIJ hace referencia únicamente a las convenciones internacionales '*en vigor para los Estados*', excluyendo aquellas que no, o que aún no, han entrado en vigor, o que han dejado de ser obligatorias para las partes.[16]

La respuesta a si un tratado se encuentra o no en vigor entre dos o más Estados no es absoluta. Se pueden dar situaciones en las que un nuevo Estado puede estar obligado a algunos tratados celebrados por su antecesor, sin que medie ningún acto de adhesión. De igual manera, existe la posibilidad de que los Estados realicen reservas al momento de firmar o ratificar un tratado, lo que puede crear una serie de regímenes paralelos que operan entre los Estados miembros al tratado, que dependerán de las reservas hechas y de la aceptación de las mismas por los demás Estados parte.

16 La pregunta sobre si los tratados que han caido en '*desuetude*' dejan de ser vinculantes se presentó a la CIJ en los casos: *Nuclear Tests* (Australia v. France), ICJ Reports (1974); *Nuclear Tests* (New Zealand v. France), ICJ Reports; y *Aegean Sea Continental Shelf* (Greece v. Turkey) ICJ Reports (1978), sin embargo el Tribunal no respondió sobre este punto.

B. *Costumbre*

A diferencia de las normas creadas por medio de los tratados, la costumbre internacional no establece un sistema estructurado de normas que regirán las relaciones entre los Estados. El artículo 38(1)(b) del Estatuto de la CIJ hace referencia a "la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho". Procurando, como lo manifiesta Brierly,[17] el reconocimiento general de una conducta obligatoria por parte de los Estados.

Actualmente, son los sujetos del derecho internacional quienes participan en la formación de la costumbre, sin embargo existe el cuestionamiento si una organización internacional como tal, y no sólo sus miembros, pueden dar vida a una costumbre internacional.[18] Sin perjuicio de referirnos posteriormente al tema, cabe señalar que, en general, las competencias que le han sido otorgadas a las organizaciones internacionales se encuentran establecidas en su tratado constitutivo. Por lo que, del estudio de ese tratado constitutivo devendrá si estamos frente a una práctica interpretativa del mismo o si estamos frente a una costumbre internacional.

Tradicionalmente, la costumbre requiere la reunión de dos elementos importantes y determinantes de su obligatoriedad: uno material y otro psicológico.[19] El material, *inveterata counsuetudo*, se refiere a la práctica de los Estados; mientras que el

17 Brierly, J.L. *The Law of Nations. An Introduction to the International Law of Peoce*. Oxford University Press. 6th Edition. Nueva York, (1963) p. 61; Dissenting Opinion Judge Read. *Fisheries* (United Kingdom v. Norway), Judgment, ICJ Reports (1951), p. 191.

18 Diez de Velasco, M. *Instituciones*.... p. 108.

19 Para un análisis de la costumbre internacional desde la perspectiva de 'game theory' y de la opción pública ver: Goldsmith, J. & Posner, E. *A Theory of Customary International Law*. 66 Uni. Chicago. L. Rev. 1113 (1999). Ver también: Setear, J. *Treaties, Custom, Iteration, and Public Choice*. 5 Chicago J. Intl. L. 715 (2005). *Contra* ver: Norman, G. & Trachtman, J. *The Customary International Law Game*. 99 AJIL 541 (2005); Vagts, D. *International Relations look at Customary International Law: A Traditionalist's Defense*. 15 EJIL 1031 (2004).

psicológico, *opinio juris sive necessitatis*, a la aceptación de los Estados que dicha práctica es obligatoria y no discrecional.[20]

Existen dos posturas respecto de la necesidad de reunir ambos elementos para determinar la existencia de una norma de costumbre internacional. Según la primera, el elemento psicológico no será necesario para determinar la existencia y el carácter obligatorio de la costumbre. Especialmente al requerir un estado mental, el cual difícilmente puede ser atribuido a un Estado; y que, en cualquier caso, deberá deducirse de las acciones y pronunciamientos del Estado, los cuales generalmente constituyen el elemento material.[21]

Por su parte, la reunión de ambos elementos para determinar o aplicar derecho internacional consuetudinario se ha manifestado en los siguientes términos:

> "(...) según la teoría hoy dominante, la repetición prolongada y consistente de ciertos actos no es suficiente para engendrar una norma consuetudinaria; es necesario que el autor de dichos actos tenga la intención, al ejecutarlos, de cumplir con una obligación o de ejercer un derecho (...) Pese a las dificultades para indicar de una manera general en qué condiciones el uso se transforma en una costumbre obligatoria, aparece como imposible hacer abstracción del elemento subjetivo o psicológico".[22]

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de su sucesora deja sin lugar a dudas sobre la necesidad de que una costumbre internacional reúna ambos elementos.[23] Especialmente en el caso de la *Plataforma Continental del Norte*, en donde se discutía el proceso mediante el cual una norma de un tratado puede generar una norma de costumbre, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que:

> "(...) Los actos en cuestión no solamente deben suponer una práctica constante, sino también deben tener tal carácter, o realizarse de tal forma, que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescriba. La necesidad de tal creencia, es decir la existencia de un elemento subjetivo, se halla implícita en el propio concepto de *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados interesados, por lo tanto, deben sentir que cumplen con lo que supone una obligación jurídica. Ni la frecuencia ni el carácter habitual de los actos es suficiente".[24]

Reafirmó la Corte que la práctica de los Estados debe ir acompañada por la convicción de estar adhiriéndose a una norma de derecho, idea reconocida por el derecho internacional, que también se ha señalado debe existir en caso de existir una costumbre regional –aquella que ha nacido entre un grupo de Estados con características propias. En todo caso,

20 Villagrán Kramer, F. *Casos y Documentos*.... p. 24; Wallace, R. *International Law*. p. 9. Ver también: Zenteno Barillas, J.C. *Derecho Internacional Público*. I Parte. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala (1997).

21 Ver Kelsen, H. *Théorie du Droit International Coutumier*. Revue Internationale de la Théorie du Droit. (1939); Kelsen, H & Tucker, G.F. *Principles of International Law*. 2ª Edición. Nueva York (1966).

22 Guggenheim, P. *Traité du Droit*.... pp. 103-104.

23 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, ICJ Reports (1970); *Fisheries Jurisdiction* (Federal Republic of Germany v. Iceland / United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Jurisdiction, Judgment, ICJ Reports (1973); *Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, ICJ Reports (1985); *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada v. United States of America), Judgment, ICJ Reports (1984); *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador v. Honduras; Nicaragua intervening), Judgment, ICJ Reports (1992); *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v Iran), Judgment, ICJ Reports (1980); *Legal Status of Eastern Greenland* (Denmark v. Norway), Judgment, PCIJ Reports, Series A/B, No. 53 (1933).

24 *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, ICJ Reports (1969), p. 44, para. 77. Ver también. *Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgment, ICJ Reports (1985), p.13, para. 27; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports (1986), p. 14, para 183 and 207.

este tipo de costumbre deberá probarse por la parte que la invoca, tal como lo mantuvo la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre el *Asilo*:

> "La parte que invoca una costumbre de tal naturaleza debe probar que ésta reviste tales características para que sea obligatoria también para la parte contraria. El gobierno de Colombia debe probar que la norma que hace valer está de acuerdo con un uso constante y uniforme practicado por los Estados interesados, y que este uso entraña un derecho para el Estado que concede el asilo y un deber para el Estado territorial. Esto se deduce del artículo 38 del Estatuto de la Corte, que menciona la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho".[25]

No obstante lo anterior, toda norma de costumbre internacional presenta ciertas dificultades en la práctica, especialmente en cuanto a su reconocimiento como tal. De tal manera, se ha señalado que la costumbre conlleva un elemento temporal, ya que es necesario que tenga una continuidad en el tiempo para que pueda llegar a ser obligatoria.

Sin embargo, no existe ninguna regla que indique el plazo que deberá transcurrir para que una costumbre internacional llegue a ser obligatoria. La doctrina tradicional exigia que, para la aparición de una norma de costumbre internacional, era necesaria una práctica prolongada; algunos llamando incluso a "una práctica continuada desde tiempo inmemorial".[26] Mientras que también se ha propuesto la existencia de una '*costumbre instantánea*'.[27]

La Corte Internacional de Justicia no ha seguido ninguna de estas posturas, sino que ha admitido que el requisito tradicional de la duración no es un fin en sí mismo, sino únicamente un medio para demostrar la generalidad y uniformidad de determinada práctica estatal. De esta forma, en el caso de la *Plataforma Continental del Norte* declaró:

> "(...) el transcurso de un período de tiempo reducido no es necesariamente, o no constituye en sí mismo, un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho internacional consuetudinario a partir de lo que originalmente sólo era una norma convencional".[28]

Por su parte, también se ha señalado el problema de la inexistencia de un mecanismo por el cual los Estados pueden manifestar su consentimiento para adherirse a una norma de costumbre internacional. Si bien, un Estado puede realizar actos que conlleven la aceptación de dicha costumbre, incluyendo manifestaciones del sentimiento de obligatoriedad legal de sus acciones, los Estados también pueden oponerse a dicha costumbre.

Dando respuesta a la existencia de una norma consuetudinaria que prohibe el uso de la fuerza o la intervención en los asuntos internos de otro Estado, la Corte Internacional de Justicia manifestó en el caso sobre las *Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*:

> "No se debe esperar que en la práctica estatal en la aplicación de las normas en discusión haya sido perfecta, en el sentido de que los Estados se hayan abstenido, totalmente, del uso de la fuerza o de la intervención en los asuntos internos de cada uno. La Corte no considera que, para que una norma consuetudinaria sea establecida, la práctica correspondiente debe estar en absoluto apego con dicha norma. Para poder deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte considera suficiente que la conducta de

25 *Asylum* (Colombia v. Peru), Judgment, ICJ Reports (1950), p. 266.

26 Dissenting Opinion, Judge Negulesco. *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*. Advisory Opinion, PCIJ, Series B, No. 14 (1927), pp. 114.

27 Cheng, B. *United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?* V Indian J. Intl. L. 23 (1965), p. 45-46.

28 *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, ICJ Reports (1969), p. 43.

los Estados haya sido, en general, consistente con tales normas, y que los casos en que la conducta del Estado haya sido inconsistente con dichas normas eran más bien violaciones a ella, y no indicios de una nueva norma. Si un Estado actúa de forma *prima facie* inconsistente con una norma reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas dentro de la misma norma, entonces siendo o no justificada la conducta del Estado sobre tal base, el significado de su actitud es de confirmar más que debilitar la norma.[29]

En este caso la Corte manifiesta que la conducta inconsistente de un Estado con una norma existente no implica el reconocimiento, ni mucho menos la creación, de una nueva norma de derecho consuetudinario. Sin embargo, la Corte estableció posteriormente, al discutir sobre el principio de la no intervención:

"Que un Estado se fundamente en un nuevo derecho o una excepción sin precedentes al principio puede, si en principio es compartida por otros Estados, tender hacia la modificación del derecho consuetudinario internacional".[30]

No obstante lo anterior, se ha reconocido la figura del opositor persistente[31] en la jurisprudencia internacional. Por ejemplo en el caso sobre las *Pesquerías*, Gran Bretaña sostenía que la línea base utilizada por Noruega para medir sus costas era inconsistente con la regla de las diez millas establecida como costumbre internacional. Sin embargo, para la Corte Internacional de Justicia no existía tal norma, manifestando que:

"En cualquier caso la regla de las diez millas parece ser inaplicable a Noruega, ya que Noruega siempre se ha opuesto a cualquier intento de aplicarla a su costa".[32]

Como resultado, se ha aceptado en la doctrina que el Estado que objeta consistentemente la aplicación de una regla de derecho, mientras la misma está en proceso de convertirse dicha regla –es decir, mientras la práctica consistente con tal regla se realiza, pero antes de que la regla haya sido establecida con tal– puede continuar desvinculado de su aplicación aun cuando la misma haya adquirido el estatus de norma de derecho consuetudinario.[33]

En todo caso, se deberá recordar que para establecer una costumbre internacional no será necesario contar con la práctica de todos los Estados que existen, sólo se necesita que sea generalizada y consistente. Destacando que una costumbre internacional no nacerá simplemente por mayorías.[34]

C. *Principios Generales del Derecho Internacional*

Los principios generales de derecho son esas normas básicas, esenciales en todo ordenamiento jurídico, que se encuentran tanto en el derecho interno privado como en el público. "Se trata de preceptos básicos y fundamentales del derecho positivo –en algunos sistemas formulados en la Constitución o en los Códigos, y en otros, sobreentendidos en máximas subyacentes– que constituyen la esencia o espíritu del derecho".[35]

Esos principios, si bien han surgido y evolucionado para regir relaciones jurídicas entre particulares, reflejan de tal modo los sentimientos básicos de

29 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports (1986), p. 14, para. 186.

30 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports (1986), p. 14, para. 207.

31 Ver: *Asylum* (Colombia v. Peru), Judgment, ICJ Reports (1950), p. 276.

32 *Fisheries* (United Kingdom v Norway), Judgment, ICJ Reports (1951), p. 131.

33 Fitzmaurice, G. *The Law and Procedure of the International Court, 1951-1954* 30 BYIL 21 (1953)

34 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1996).

35 Jiménez de Aréchaga, E. *Derecho Internacional Publico*. Tomo I. 2ª Edición. Fundación de Cultura Universitaria Montevideo (1996), p. 175.

justicia y equidad natural que, cuando son aplicables, deben sin ningún género de dudas utilizarse también para regir las relaciones entre los Estados.[36] De tal forma que su aplicación sirve para colmar vacíos o lagunas del ordenamiento internacional, supliendo la escasez o insuficiencia de sus normas.

Consecuentemente, el artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ reconoce como fuente del derecho internacional "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Faculta a la Corte a que aplique, en defecto de costumbre o tratado y para evitar una situación de *non liquet*,[37] los principios generales del derecho para juzgar cualquier caso que se le presente.

La referencia a '*naciones civilizadas*' que hace el artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ tiene, en el derecho internacional contemporáneo, una connotación impropia, pues implica la existencia de naciones no civilizadas.[38] Dentro de los distintos sistemas jurídicos van surgiendo principios fundamentales de derecho, que reflejan las reglas básicas de justicia aceptadas por las comunidades jurídicas. Cuando éstos son comunes a los principales sistemas jurídicos, son también reglas positivas de derecho internacional; por lo tanto, los principios generales deben referirse a aquellos que sean comunes en los principales sistemas jurídicos del mundo.[39]

Se discute sobre la naturaleza de los principios que pueden ser invocados bajo el artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ; logrando distinguir dos posturas al respecto. Conforme la primera, los principios generales son aquellos que derivan, no sólo de la comparación de varios sistemas de derecho nacional, sino de la extracción de los principios comunes o compartidos por todos, o la gran mayoría de ellos.[40] En este sentido, algunos Estados han argumentado judicialmente la existencia de un principio general sobre la base de estudios comparativos de sistemas jurídicos nacionales.[41]

Por su parte, la segunda postura señala que, aun cuando el artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ pretenda aplicar los principios generales reconocidos por los sistemas jurídicos nacionales, la Corte también deberá aplicar aquellos que sean aplicables directamente a las relaciones jurídicas internacionales, y a las relaciones jurídicas en general.

Por lo que se deberá distinguir cuidadosamente entre:

i) Los principios generales del derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos, a los que se refiere el artículo 38(1)(c) del Estatuto; y

ii) Los principios generales del orden jurídico internacional, que se encuentran recogidos por las normas convencionales y consuetudinarias del derecho internacional.

Estos últimos surgen directamente de la naturaleza del propio derecho internacional, mientras que los primeros obtienen su reconocimiento previo en el derecho interno de los Estados.[42]

36 Harris, D.J. *Cases and Materials on International Law*. 5th Edition. Sweet and Maxwell. Londres (1998), p. 47; Jiménez de Aréchaga, E. *Derecho Internacional*.... p. 175.

37 Thirlway, H. *The Sources of*.... In Evans, M. (ed.) *International Law*. p. 130.

38 *Cf.* En el arbitraje de *Abu Dhabi*, 18 ILR 144 (1951), p. 149 y ss., el Árbitro Lord Asquith of Bishoptown buscó el derecho aplicable al caso en: "los principios enraizados en el buen sentido y en la práctica común de la generalidad de las naciones civilizadas", entendiendo por ellos "los principios de justicia, equidad y buena conciencia". Finalmente, declaró que la ley de Abu Dhabi no contenía principios legales que pudieran ser aplicables a los instrumentos comerciales modernos, motivo por el cual no podían aplicarse a una concesión petrolera.

39 Wallace, R. *International*.... p. 22 y 23. Ver: Artículo 9, Estatuto CIJ.

40 Ver: Lauterpacht, H. Private *Law Sources and Analogies of International Law*. Longmans, Green & Co. Londres (1927). Ver también: Artículo 21(1)(c), Estatuto de Roma CPI: "En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos".

41 *Cf. Right of Passage over Indian Territory* (Portugal v. India), Merits, Judgment, ICJ Reports (1960), p. 6, para. 39.

42 Verdross, A. *Derecho Internacional Público*. 5ª Edición. Editorial Jurídica Aguilar. España (1967), p. 95; Jiménez de Aréchaga, E. *Derecho Internacional*.... p. 183.

En general, la aplicación de los principios generales del derecho por tribunales internacionales será en aspectos procesales.[43] Especialmente, debido al gran desarrollo que tiene el derecho procesal en los ordenamientos jurídicos internos. Hecho que se comprueba con la utilización que la CPJI y por la CIJ han hecho de los principios generales. Dicha utilización ha sido en gran parte esporádica, evitando utilizar tales principios como fundamento de sus decisiones. No obstante, algunos de los principios que se han aplicado por estos tribunales son los de responsabilidad estatal por los actos de sus agentes,[44] la preclusión o *estoppel*,[45] que nadie puede ser juez de su propia causa[46] y la indemnización de daños y perjuicios.[47]

En todo caso, cualquier enumeración de principios generales que se realice será meramente indicativa. Sobre todo, debido al continuo perfeccionamiento del derecho internacional, el aumento de las relaciones internacionales, la proliferación de tribunales internacionales, así como la multiplicación y especialización de la jurisdicción internacional.[48] Los principios generales siempre se irán modificando, y conforme se multiplique y especialicen sus ramas, surgirán nuevos principios que serán elementos clave en el continuo desarrollo del derecho internacional.

D. *Jurisprudencia*

El artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ trata como "medio auxiliar de determinación de las reglas de derecho" las decisiones judiciales, bajo reserva de lo dispuesto en el artículo 59 del mismo Estatuto. Esta última disposición establece que:

> "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en el litigio y respecto del caso que ha sido decidido".

Como primer punto, cabe resaltar que, como se desprende del análisis de los citados artículos, en materia internacional no rige el principio de *stare decisis*, o doctrina del precedente obligatorio.[49] Lo anterior se confirma de la naturaleza misma del derecho internacional, y por el hecho que un precedente no excluye la prueba en contrario que se puede presentar contra el mismo. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia, así como otros tribunales internacionales, se han esforzado para mantener una consistencia jurídica en sus fallos.[50] Como se desprende de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Frontera Terrestre y Marítima entre Camerún y Nigeria*, en donde se estableció que, respecto a puntos litigiosos que se han discutido en casos anteriores:

> "No es la pregunta si se mantienen [a las partes de este caso] las decisiones a que ha llegado esta Corte en casos anteriores. La verdadera pregunta es si, en este caso, hay motivo para no seguir los razonamientos y conclusiones a que se ha llegado en casos anteriores".[51]

Lo que a su vez "(...) ha contribuido a la formación, también en el campo del Derecho Internacional, de una jurisprudencia fundada sobre la *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*".[52]

---

43 Ver: Cheng, B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Grotius Publications Ltd. Cambridge (1987).

44 *Cf. Fabiani Case*. 10 R.I.A.A. 83 (1986)

45 *Cf. Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand). Judgment. ICJ Reports (1962), p. 6.

46 *Cf. Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq)*, Advisory Opinion, PCIJ Reports, Series B, No. 12 (1925), p. 32.

47 *Cf.* Factory at *Charzów* (Germany v. Poland), Merits, Judgment, PCIJ Reports, Series A, No. 17 (1928), p. 29.

48 Diez de Velasco, M. *Instituciones*.... p. 100.

49 Ver Lalaguna, E. *Jurisprudencia*. En Marcarenas, C. & Pellisé Prats, B. (eds.). *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XIV. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona (1971) p. 614-616 señalando que el precedente judicial no es una mera manifestacion del derecho, sino fuente de derecho; y los tribunales están obligados a aplicar el derecho así establecido. De modo que, el conjunto de las decisiones judiciales gozan de fuerza vinculante no sólo para el caso que las originó, sino para todos aquellos de la misma clase que se presenten con posterioridad

50 Barberis, J. *Fuentes del Derecho Internacional*. Editorial Platense La Plata (1973) p. 263 y ss., Wallace, R. *Internotionol* 25. Brownlie, I. *Principles of* p. 21. Harris, D J *Cases and Materials* p 54

51 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea intervening), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports (1998), p 275, para. 28

52 Sereni, A.P *Diritto Internazionale* Volumen I. Editorial Giuffrè Milan (1956), p. 163

De modo que resulta evidente que las decisiones judiciales son un medio auxiliar para determinar las reglas de derecho internacional. Cuando se señala en una decisión judicial una norma de derecho internacional, será como una norma que deriva de un tratado, una costumbre o un principio general del derecho. Un juez, por lo tanto, no puede aseverar que la norma señalada es ley porque él la señala, sino porque deriva de las fuentes principales que establece el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

Las decisiones judiciales, o jurisprudencia, no constituyen una fuente del derecho internacional en sí mismas, son un medio subsidiario que evidencia el estado del derecho en un tema determinado. Son una fuente de conocimiento, pero no de validez; no crean reglas: concurren a determinar las ya existentes.[53]

Por su lado, en cuanto al alcance que tiene el artículo 38(1)(d) del Estatuto de la CIJ, es importante señalar que el mismo no se encuentra limitado a las decisiones de cortes internacionales o tribunales arbitrales internacionales; también incluye las decisiones de cortes nacionales. Estas últimas tendrán una doble función en el derecho internacional:

i) Las decisiones nacionales pueden ayudar a establecer o aclarar un tema particular sobre derecho internacional; y

ii) Las decisiones de las cortes nacionales, como órganos del Estado, pueden ser consideradas como evidencia de una práctica estatal en referencia a una costumbre internacional.

Como se hizo evidente en la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Orden de Arresto del 11 de Abril de 2000*, donde ambas partes utilizaron como fundamento de sus respectivos alegatos las decisiones emitidas por la Casa de los Lores de Gran Bretaña en el caso *Pinochet*[54] y por la Corte de Casación de Francia en el caso *Qadaffi*.[55] Sin embargo, si bien estas decisiones pueden ser tomadas como métodos subsidiarios para la determinación de una costumbre internacional, se presentaron a la Corte como evidencia de práctica estatal por las partes, y como tal fueron consideradas.[56]

Consecuentemente, el valor de la jurisprudencia en la determinación y aplicación de las normas internacionales es ilimitado.[57] Por ejemplo, para la determinación de las normas consuetudinarias, ya que manifiesta lo que los tribunales internacionales o internos han aceptado como reglas vigentes de derecho internacional.[58]

Recordando que las sentencias de un tribunal indican lo que, con toda probabilidad, ese tribunal considerará en el futuro como derecho vigente. Como manifestó el Juez Azevedo en el caso sobre el *Asilo*:

> "Debe recordarse (...) que la decisión de un caso particular tiene grandes repercusiones, particularmente en el derecho internacional, porque las consideraciones que han sido confirmadas por la decisión adquieren un valor cuasi legislativo, no obstante el principio legal del efecto de una decisión no tiene una fuerza vinculante excepto entre las partes y en respecto a ese caso en particular (Estatuto, Art. 59)".[59]

De cualquier modo, es necesario tener presente, en relación con la jurisprudencia, que no todos los casos son iguales. Existen variantes o modalidades especiales en cada uno de ellos, lo que hace necesaria la prudencia máxima en el uso de esta fuente –secundaria pero valiosa– para el jurista del derecho internacional.

53 Brownlie, I. *Principles of....* p. 19; Jiménez de Aréchaga, E. *Derecho Internacional....* p. 185 y 186.

54 *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening)*, (No. 3) (2000) AC 151; (1999) 2 All ER 97.

55 *SOS Attentat and Castelnau d'Esnault v. Qadaffi, Head of State of the State of Libya*, France, Court of Cassation, Criminal Chamber, 13 March 2000, No. 1414.

56 *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports (2002), p. 3, para. 57-58.

57 Villagrán Kramer, F. *Casos y Documentos....* p. 26 y 27.

58 De la Guardia, E. Op. Cit. p. 42; Jiménez de Aréchaga, E. *Derecho Internacional....* p. 186.

59 *Asylum* (Colombia v. Peru), Judgment, ICJ Reports (1950), p 332.

E. Doctrina

"Las doctrinas de los autores de mayor competencia de las distintas naciones" constituyen un segundo medio auxiliar para determinar las fuentes del derecho al tratar de resolver una disputa internacional.[60] Doctrinas que son "la opinión de los publicistas en la materia (...) y que se manifiesta[n] ya en forma individual, mediante sus trabajos, ya en forma colectiva, a través de los debates, acuerdos y resoluciones de los Institutos científicos".[61]

Durante la etapa del desarrollo del derecho internacional, las obras de los publicistas alcanzaron una enorme autoridad. En esta etapa formativa los publicistas fueron, debido a la insuficiencia de la práctica estatal, quienes ayudaron a determinar, moldear y articular el alcance, contenido y los principios básicos del derecho internacional. Sin embargo, la doctrina de los publicistas es hoy, simplemente, un '*medio ouxilior de determinoción de los reglos de derecho*', que va perdiendo importancia frente a las decisiones judiciales.

A medida que el campo del derecho internacional es cubierto por decisiones judiciales, menor pasa a ser la autoridad de los comentaristas y de los juristas.[62] Sumando a esto que el juez internacional de hoy no tiene necesidad, como el árbitro del siglo pasado, de consultar las obras doctrinarias para saber lo que prescribe el derecho internacional sobre una cuestión dada, sino que tiene a su disposición fuentes de información más directas y auténticas.[63]

Por lo tanto, es apropiada la crítica de Rousseau[64] a la incorporación de la doctrina al artículo 38 del Estatuto: "La obra de elaboración doctrinaria no es, en efecto, una obra creadora, sino exclusivamente una obra crítica. Los autores, por eminentes que sean, no crean derecho positivo; lo comprueban, lo comentan, lo interpretan, o lo aprecian, pero son evidentemente impotentes para crearlo, pues de ningún modo han recibido competencia para tal fin de algún órgano estatal o interestatal".

III. Bibliografía

Barberis, J. *Fuentes del Derecho Internocionol.* Editorial Platense. La Plata (1973)

Bonnecase, J. *Introducción ol Estudio del Derecho.* Volumen I. Editorial José M. Cajica Jr. México, (1944)

Brierly, J.L. *The Low of Notions. An Introduction to the International Law of Peoce.* Oxford University Press. 6th Edition. Nueva York, (1963)

Brownlie, I. *Principles of Public Internationol Low.* Oxford University Press. 5th Edition. Nueva York (1998)

Cheng, B. *Generol Principles of Law os Applied by Internotionol Courts ond Tribunols.* Grotius Publications Ltd. Cambridge (1987)

Cheng, B. *United Notions Resolutions on Outer Space: 'Instont' International Customory Low?* V Indian J. Intl. L. 23 (1965)

De La Guardia, E. *Derecho Internacional de los Tratados Internocionales.* Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires (1997)

Díez de Velasco, M. *Instituciones del Derecho Internocionol Público.* 15ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid (2005)

Fitzmaurice, G. *The Law and Procedure of the Internotional Court, 1951-1954.* 30 BYIL 21 (1953)

García Máynez, E. *Introducción al Estudio del Derecho.* Editorial Porrúa. 20ª Edición. México, (1972)

60 Artículo 38 (1) (d) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

61 Diez de Velasco, M. *Institucianes....* p. 103.

62 Schwarzenberger, G. *Internatianal Law.* Vol. I. *Internatianal Law as Applied by Internatianal Caurts and Tribunals.* 3rd Edition. Stevens & Sons Limited. Londres (1957), p. 36-37.

63 Como lo son, entre otros, el texto de los tratados, la jurisprudencia internacional, las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas.

64 Rousseau, C. *Derecha Internacianal Pública.* 3ª Edición. Ediciones Ariel. Barcelona (1966), p. 76. Ver: Verdross, A. *Derecha Internacianal....* p. 99.

Goldsmith, J. &

Posner, E. *A Theary af Customory Internotional Law.* 66 Uni. Chicago. L. Rev. 1113 (1999)

Guggenheim, P. *Traité de Droit International Public.* Tomo I. 2ª Edición. Ginebra (1967)

Harris, D.J. *Coses ond Moteriols on Internotionol Low.* 5th Edition. Sweet and Maxwell. Londres (1998)

Jiménez de Aréchaga, E. *Derecha Internacional Pública.* Tomo I. 2ª Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (1996)

Kelsen, H & Tucker, G.F. *Principles of Internotionol Low.* 2ª Edición. Nueva York (1966)

Kelsen, H. *Théorie du Droit Internotionol Cautumier.* Revue Internationale de la Théorie du Droit. (1939)

Lalaguna, E. *Jurisprudencio.* En Marcareñas, C. & Pellisé Prats, B. (eds.). *Nueva Enciclapedia Jurídica.* Tomo XIV. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona (1971)

Larios Ochaita, C. *Apuntes de Derecha Internacianal Público.* Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala (1984)

Lauterpacht, H. Private *Law Saurces and Anologies of Internationol Low.* Longmans, Green & Co. Londres (1927)

Monroy Cabra, M. G. *Derecho de los Trotodos.* Editorial Temis. Bogotá (1978)

Mouchet, C. & Zorraquin Becú, R. *Introducción ol Derecho.* Editorial Perrot. 4ª Edición. Buenos Aires (1959)

Norman, G. & Trachtman, J. *The Customary International Low Game.* 99 AJIL 541 (2005)

Ovalle Martínez, E. O. *Manual de Derecho Internacianal Pública.* Editorial Praxis. Guatemala (1999)

Pacheco G., M. *Introducción al Derecho.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago (1976)

Rousseau, C. *Derecho Internacionol Público.* 3ª Edición. Ediciones Ariel. Barcelona (1966)

Schwarzenberger, G. *Internationol Law.* Vol. I. *Internatianal Law os Applied by Internotionol Courts and Tribunals.* 3rd Edition. Stevens & Sons Limited. Londres (1957)

Sereni, A.P. *Diritto Internozionole.* Volumen I. Editorial Giuffrè. Milán (1956)

Setear, J. *Treaties, Custom, Iterotion, and Public Choice.* 5 Chicago J. Intl. L. 715 (2005)

Thirlway, H. *The Sources of International Law.* In Evans, M. (ed.) *Internotionol Low.* Oxford University Press. Oxford (2003)

Vagts, D. *International Relotions look at Customory International Law: A Troditionalist's Defense.* 15 EJIL 1031 (2004)

Verdross, A. *Derecho Internacionol Pública.* 5ª Edición. Editorial Juridica Aguilar. España (1967)

Vieira, M.A. *Proyección del Derecho Internocional en los Constituciones Nacianoles.* Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (1983)

Villagrán Kramer, F. *Cosos y Documentos de Derecho Internacianol.* Editorial del Ministerio de Educación Pública "José de Pineda Ibarra". Guatemala (1960)

Wallace, R. *International Law.* Sweet and Maxwell. 3rd Edition. Londres (1997)

Zenteno Barillas, J.C. *Derecho Internocional Público.* I Parte. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala (1997)

Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho Internacional (II)

Por Gabriel Orellana Zabalza[1]

Luego de haber analizado las fuentes del derecho internacional que fueran enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, así como algunos de los problemas que las mismas presentan, se continuará el análisis considerando algunas de las llamadas 'nuevas' fuentes del derecho internacional, destacando el verdadero alcance de éstas como creadoras de normas vinculantes para los sujetos del derecho internacional. Posteriormente, se aborda el tema de la interrelación y la jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, y los posibles problemas que puede acarrear. Para poder finalizar con un breve análisis sobre la situación jurídica de las fuentes del derecho internacional en el derecho guatemalteco.

I. ¿Es exhaustiva la enumeración de fuentes que hace el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia?

Sobre la base que la enumeración que hace el artículo 38 del Estatuto de la CIJ fue completa y exhaustiva al momento de su redacción, existe cierta dificultad para señalar que han surgido nuevas fuentes del Derecho Internacional. Sin embargo, no se puede negar que la sociedad internacional ha cambiado. Hoy día nos encontramos frente a situaciones distintas de las existentes al momento de redactarse el Estatuto de la CPJI. El número de Estados ha incrementado notablemente, al igual que la complejidad de sus relaciones, por lo que debemos preguntar si también han cambiado las fuentes reconocidas del derecho internacional.

A. *Actos unilaterales*

En general, los actos unilaterales de los Estados se mantuvieron, con algunas excepciones, al margen de la discusión doctrinaria[2] del derecho internacional hasta la decisión emitida en 1974 por la CIJ en los casos de los *Ensayos Nucleares*. En estos casos Australia y Nueva Zelanda preguntaron a la Corte si Francia, a través de declaraciones unilaterales, asumió obligaciones legales vinculantes mediante las cuales no podia llevar a cabo más pruebas nucleares atmosféricas en el Pacífico Sur. En esa oportunidad, la Corte estableció una regla general sobre los actos unilaterales en los siguientes términos:

1 Candidato Doctoral en Derecho Internacional (Universität zu Köln); LL.M. int. (Universidad de Chile & Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg); Abogado y Notario (Universidad Francisco Marroquín).

2 *Cf.* Guggenheim, P *Les Deux Éléments de la Coutume en Droit International*. En: *La Technique et les Principes du Droit International Public: Études en L'Honneur de Georges Scelle* Volumen I. Libraine Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris (1950), p 273-274. Donde señala, respecto de los actos unilaterales, que "el procedimiento de creación de normas jurídicas, en su escalón superior, no se realiza exclusivamente en el marco de las obligaciones recíprocas, los acuerdos, sino también en el de los compromisos internacionales unilaterales", ligándolos a la formación de la costumbre internacional.

"Está admitido que declaraciones que revisan la forma de los actos unilaterales, que se refieran a situaciones de hecho o de derecho, pueden tener efecto la creación de obligaciones jurídicas. Cuando el Estado autor de la declaración tiene intención de vincularse de conformidad con sus términos, dicha intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico (...)".[3]

La Corte adicionalmente indicó que no todos los actos unilaterales envuelven una obligación,[4] sin embargo, en el caso en cuestión, se encontró que Francia tuvo la intención de crear una obligación legal vinculante, razón por la cual Australia y Nueva Zelanda presentaron el caso a la Corte, es decir la cesación de pruebas nucleares atmosféricas en el Pacífico Sur, desapareció y el caso se quedó sin materia.

Resalta, de tal modo, que pueden darse dos consecuencias normales frente a los actos unilaterales:

i) Que el acto es aceptado por el Estado o Estados a quien es dirigido; o

ii) Que el acto es ignorado y rechazado, por lo que los demás Estados no buscarán su ejecución.

En cualquier caso, será en el momento que alguno de los Estados a quienes fue dirigido el acto unilateral acepte dicho acto, que el mismo se convertirá en una relación, bilateral, convencional.[5]

De tal modo, se debe establecer cuáles son esos efectos del acto unilateral. Por un lado, para el Estado que manifiesta su voluntad a través del acto nace la obligación de cumplir. Es decir, el contenido del acto unilateral será oponible al autor del mismo.

Esta oponibilidad, en algunos casos, se ha asimilado a la figura del *estoppel*, aun cuando la configuración de esta figura no es uniforme en la práctica internacional.[6] De tal cuenta, se reconoce, por un lado, una concepción amplia, tal como la que da el Juez Alfaro en su opinión individual en el caso del *Templo de Preah Vihear*:

"Cualquiera que sea el término o los términos empleados para designar este principio tal como ha sido aplicado en el ámbito internacional, su esencia siempre es la misma: la contradicción entre las reclamaciones o alegaciones presentadas por un Estado y su conducta previa al respecto no es admisible (*allegans controrio non oudiendus est*). Su propósito siempre es el mismo: un Estado no debe ser autorizado a beneficiarse de sus propias contradicciones en perjuicio de otro Estado (*nemo potest mutore consilium suum in olterius injuriom*) (...). Finalmente el efecto jurídico del principio siempre es el mismo: cuando una parte, con su reconocimiento, su representación, su declaración, su conducta o su silencio, ha mantenido una actitud manifiestamente contraria al derecho que reclama ante un tribunal internacional, su reclamación de ese derecho es inadmisible (*venire contro foctum proprium non valet*).[7]

Por el otro, tenemos una concepción restrictiva, que define que existe *estoppel*:

"cuando una Parte, por sus declaraciones, sus actos o sus comportamientos, ha llevado a otra Parte a creer en la existencia de un cierto estado de cosas en base a cuya creencia

3 *Nuclear Tests* (Australia v. France). Judgment, ICJ Reports 1974, p. 253, para. 43.

4 *Ibid*, para. 44.

5 Ver: Franck, T. *World Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases*. 69 AJIL 612 (1975), p. 617. *Contra*: Rubin, A. *The International Legal Effects of Unilateral Declarations*. 71 AJIL 1 (1977), p. 8. Este señala que todos los actos internacionales son unilaterales, toda vez que los actos bilaterales y multilaterales están compuestos de una serie de promesas unilaterales independientes. Para un interesante análisis sobre la aplicación de estas dos posturas por la Corte Internacional de Justicia ver: Kennedy, D. *International Legal Structures*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden (1987), p. 54 y ss.

6 Villagran Kramer, F. *Actos Convencionoles y No Convencionoles – Ratificación, Aquiescencio y* Estopell. En Rama-Montaldo, M. *El Derecho Internacionol en un Mundo en Transformoción. Liber Amicorum Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (1994), p. 978 y ss.

7 *Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), Judgment, ICJ Reports (1962), p. 40.

le ha incitado a actuar o a abstenerse de actuar, de tal modo que de ello ha resultado una modificación de sus posiciones relativas (en perjuicio de la segunda o en beneficio de la primera, o ambas a la vez), la primera no podrá, por *estoppel*, establecer frente a la segunda un estado de cosas diferente del que ha representado anteriormente como existente".[8]

Sin embargo, cualquier postura que se tome respecto del *estoppel*, se debe recordar que al tratarse de una figura procesal, la misma no explica la totalidad de los efectos de los actos unilaterales. Motivo por el cual la obligación de cumplir que adquiere un Estado, y de exigir el cumplimiento que adquieren los otros, por medio de un acto unilateral nace del principio de la buena fe,[9] como lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en el caso de los *Ensayos Nucleares*:

> "Uno de los principios fundamentales que rigen la creación y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su origen, es el de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente a la comunidad internacional (...) el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido a través de una declaración unilateral descansa sobre la buena fe. De ahí que los Estados interesados puedan tener en cuenta las declaraciones unilaterales y confiar en ellas, tienen derecho a exigir que la obligación así creada sea respetada (...)".[10]

Por el otro lado, debemos preguntar si los actos unilaterales producen o no efectos respecto de terceros Estados. En términos generales, los actos unilaterales sólo crean derechos para terceros Estados, no obligaciones. Sin embargo, puede existir un acto unilateral que sea oponible a un tercer Estado, siempre que esta oponibilidad derive no del acto unilateral mismo, sino del consentimiento, tácito o expreso, del tercer Estado; o incluso, de una norma internacional que le atribuya valor obligatorio a ese acto unilateral.

B. Resoluciones de organizaciones internacionales

En el ámbito internacional también se discute el valor normativo de las resoluciones que emanan de las organizaciones internacionales. De manera indiscutible, estas resoluciones cobran vigencia normativa por medio de los tratados.[11] De igual forma, ya que una costumbre internacional debe deducirse de la práctica estatal, las organizaciones internacionales pueden ser órganos apropiados para buscar esa práctica.[12]

Sin embargo, lo anterior no implica que los elementos de la costumbre –práctica y *opinio juris*– se hagan innecesarios al utilizar como prueba de la práctica estatal las resoluciones de una organización internacional. Como lo señaló el Juez Tanaka en su opinión disidente en el los casos de *África Suroccidental*:

> "Un Estado, en vez de pronunciar su opinión a los Estados involucrados directamente, tiene la oportunidad, a través de la organización, de manifestar su postura a todos los miembros de la organización y saber inmediatamente las reacciones de éstos sobre el tema. Anteriormente, la práctica, la repetición y el *opinio juris sive necessitatis*, que son los ingredientes del derecho internacional

8 Barberis, J.A. *Los Actos Jurídicos Unilaterales como Fuente del Derecho Internacional Público*. En Perez Gonzalez, M. (Coord.) *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europea: Homenaje al Profesor Don Manuel Diez de Velosco*. Editorial Tecnos. Madrid (1993), p. 113.

9 Diez de Velasco, M. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. 15ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid (2005), p. 122 Ver también Macdonald & Hough. *The Nuclear Tests Case Revisited*. 20 Ger Y B. Intl. L. 337 (1977), p. 341.

10 *Nuclear Tests* (Australia v. France), ICJ Reports (1974), p 268, para. 46; *Nuclear Tests* (New Zealand v. France), ICJ Reports (1974), p.473, para. 49.

11 Halajczuk, B & M[illegible]a D[illegible]nguez, M T *Derecho Internacional Público* 3ª Edicion Editorial Ediar Buenos Aires (1999), p 82

12 Higgins, R *Problems and Process International Law and How We Use It* Clarendon Press Oxford (1994), p 22-23 Ver tambien Higgins, R *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* Oxford University Press London (1963), p 2

consuetudinario pueden ser combinados en un largo y lento proceso que se extiende por siglos. En la época contemporánea de técnicas de comunicaciones e información altamente desarrolladas, la formación de una costumbre mediante las organizaciones internacionales se facilita y acelera (...)".[13]

Las resoluciones sólo son una forma de manifestación de la práctica estatal. Los órganos políticos de toda organización internacional se ven involucrados en una serie de complejas manifestaciones de la práctica estatal, que va desde los debates y el intercambio de ideas y posturas, a las expresiones de reservas sobre posturas presentadas por los Estados y la preparación de borradores de futuros tratados, declaraciones o resoluciones.

Por lo tanto, la pregunta se puede reducir a si las resoluciones de una organización internacional son vinculantes para los Estados. Pregunta que, generalmente, se responde con una negativa. Particularmente por situaciones como, por ejemplo, la de la Organización de Naciones Unidas que, salvo materias presupuestarias, señala en su Carta que las resoluciones de la Asamblea General son recomendaciones y no vinculantes directamente a los Estados miembros.[14]

Sin embargo, las decisiones vinculantes no son la única forma en que puede desarrollarse el derecho. Pueden surgir consecuencias legales de actos que no son, en un sentido formal, vinculantes.[15] Tal fue la postura de la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias Legales para los Estados de la Presencia de Sudáfrica del Sur en Namibia*, en el que se examinaron las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General que buscaban terminar el mandato de Sudáfrica sobre el territorio de África Suroccidental. En esa oportunidad la Corte reconoció que, aún no teniendo un carácter vinculante, la resolución de la Asamblea General proveía algunos efectos legales debido al derecho de la misma de terminar y monitorear el mandato. En tal sentido, la Corte señaló que:

"Sería incorrecto asumir que, debido a que la Asamblea General en principio goza de poder para recomendar, está impedida de adoptar, en casos específicos de su competencia, resoluciones que hagan determinaciones o tengan un diseño operacional".[16]

Entonces, ya sea que una resolución se considere un paso en la creación de una costumbre internacional o evidencia de la existencia de una práctica general, aún existen otros elementos que deben ser considerados. Particularmente, si los Estados realmente actúan conforme a las resoluciones que se han tomado en el seno de una organización internacional.[17]

Consecuentemente, las resoluciones de las organizaciones internacionales no se deben utilizar como una forma de prueba total de la existencia de una práctica internacional. Las resoluciones no son un substituto para probar una costumbre, lo que requiere otras pruebas que se deberán examinar junto con las resoluciones. Y sobre todo, como fue señalado por la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre las *Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*:

"La Corte no considera que unas normas formen parte del derecho consuetudinario y sean aplicables entre Estados simplemente porque éstos afirmen admitirlas (...) en el ámbito del derecho internacional consuetudinario no basta que las Partes sean del mismo parecer respecto del contenido de lo que consideran como una norma. La

13 Dissenting Opinion Judge Tanaka. *South West Africo* (Ethiopia v. South Africa / Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, ICJ Reports (1966), p. 248, para. 291. Sobre la práctica acelerada ver: Jennings, R. *Recent Developments in the Internotionol Law Commission: It's Relation to the Sources of Internationol Low*. 13 ICQL 38S (1964).

14 Ver artículos 10, 11, 12, 13 y 14, Carta ONU.

15 Higgins, R. *Problems ond Process*.... p. 24.

16 *Legol Consequences for Stotes of the Continued Presence of South Africo in Nomibio (South West Africo) notwithstonding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1971), p. S0.

17 Ver: Schwebel, S. *The Effect of Resolutions of the UN General Assembly on Customary Internationol Low*. ASIL Proceedings (1979), p. 301.

Corte debe cerciorarse de que la existencia de la norma en la *opinio iuris* de los Estados tiene su confirmación en la práctica de los Estados".[18]

C. *Normas superiores (jus cogens)*

Las teoría de las normas de *jus cogens*, o normas imperativas o superiores, propone la existencia de reglas de derecho internacional que no admiten su derogación y que únicamente pueden ser modificadas por una nueva norma de derecho internacional que tenga el mismo carácter.[19] Y, aun cuando no existe acuerdo sobre las fuentes, el contenido o el impacto de estas normas, hoy día es aceptada su importancia jurídica.[20]

Pese a lo anterior, la única referencia a las normas imperativas en documentos internacionales se puede encontrar en las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados[21] (CVDT). Se establece, en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que:

> "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

Y agrega, posteriormente, el artículo 64 de la misma Convención:

> "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará."

Se desprende de los artículos citados que se ha limitado a los Estados su facultad de escapar normas imperativas, pero al mismo tiempo es el consentimiento estatal el fundamento de tales normas imperativas. En este sentido, el artículo 53 de la CVDT señala que un tratado será nulo cuando 'en *el momento de* su *celebración, esté en oposición* con uno *norma imperotivo de derecho internocional generol*'. Una norma imperativa es '*uno normo oceptodo y reconocido por lo comunidod internocionol de Estados* en su *conjunto como normo que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificodo por* uno *normo ulterior de derecho internocional generol que tenga el mismo corócter*'. Por su parte, el artículo 64 agrega que la creación de una nueva norma imperativa de derecho internacional general nulificará todo tratado existente que entre en conflicto con la norma por un lado. Exige el articulo 53, que exista una norma de derecho internacional general y, por el otro, que la comunidad internacional de Estados en su conjunto la acepte como una norma que no admite derogación. En consecuencia, es una tarea embarazosa poder identificar tales normas, siempre que su identificación está sujeta únicamente al consentimiento estatal.[22]

Por su parte, no se puede hablar de una lista que enumere dichas normas imperativas, aun cuando se mencionen como tales las normas contra la esclavitud, y el uso de la fuerza fuera de los casos de legítima defensa. Sin embargo, en su decisión sobre las objeciones preliminares en el caso sobre *Actividodes*

---

18 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports (1986), p. 14, para. 184.

19 SHELTON, D. *International Law and 'Relative Normativity'*. In EVANS, M. (ed.) *International Law*. p. 150; SHELTON, D. *Narmative Hierarchy in Intemational Law*. 100 AJIL 291 (2006), p. 297.

20 Ver: VILLAGRÁN KRAMER, F. *Actas Convencionales*.... En RAMA-MONTALDO, M. (ed.) *El Derecho Internacional*....

21 Ver: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 8 ILM 679 (1969); Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Firmada el 21 de marzo de 1986, no se encuentra en vigor. Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, A/Conf.129/16, vol. I, p. 17.

22 SHELTON, D. *Narmative Hierarchy*.... p. 300.

Armadas en el Territorio del Congo, la Corte Internacional de Justicia reconoció expresamente la existencia como norma de *jus cogens* el genocidio.[23]

Como consecuencia de la incertidumbre sobre cuáles normas del derecho internacional forman parte de las normas imperativas, hay quienes proponen la inclusión como tal de las normas sobre derechos humanos, derecho humanitario, autodeterminación de los pueblos, derecho indígena, entre otros.[24] Sin embargo, no existe mayor evidencia de cómo y porqué dichas normas se han transformado en normas imperativas. De modo que resulta indudable que "la corriente de abusar del concepto de *jus cogens* siempre está presente entre abogados internacionalistas".[25]

De hecho, aun cuando la idea del *jus cogens* se haya originado como una forma de limitar el poder de los Estados para concluir tratados,[26] hoy día se concibe más como una limitación a la voluntad de quienes se oponen a la creación de una norma de costumbre internacional. No obstante, toda vez que las normas que generalmente se identifican como normas de *jus cogens* han sido aceptadas unánimemente como normas consuetudinarias de derecho internacional, es difícil que se pueda presentar este problema.

Finalmente, cabe mencionar la tendencia actual de asimilar las normas imperativas con aquellas que crean obligaciones *erga omnes* –obligaciones que se deben prestar a toda la comunidad internacional. Estas obligaciones presentan una consecuencia práctica; dada la importancia del derecho que involucra, cualquier Estado puede reclamar una violación a la norma sin importar si ha sido o no perjudicado por el acto.[27] En otras palabras, las obligaciones *erga omnes* gozan de consecuencias procesales específicas y amplias por la importancia substantiva de las normas que enuncian. De modo que, si bien es cierto que cualquier Estado podrá demandar una violación a obligaciones *erga omnes*, lo mismo no las transforma en normas *jus cogens*.

D. *Soft law*

En la actualidad, los Estados han adoptado la práctica de celebrar acuerdos y declaraciones en instrumentos no vinculantes o incluso, políticos. De esta manera se trata de afrontar problemas globales, aun cuando no exista un consentimiento estatal generalizado para obligarse por un tratado que contenga normas vinculantes.

Incluso, se observa que muchos tratados no contienen los mecanismos normativos para asegurar su aplicación directa, lo que obliga a su posterior instrumentación mediante nuevos procesos de negociación y actos regulatorios. Esta "insuficiencia normativa obstruye la efectividad del tratado por lo que (...) la *soft law* es en este contexto resultado de las negociaciones de un texto internacional en aquellos casos y situaciones en que los Estados deciden retener la potestad de decidir o establecer cuándo y conforme a cuáles modalidades cumplirán o ejecutarán los compromisos que interesan a unos pero que otros no pueden asumir (...)".[28]

Comúnmente a estos acuerdos no vinculantes se les conoce como 'soft law'; y, si bien no existe acuerdo sobre su definición, en términos generales son

23 *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports (2006), p. 64.

24 Incluso se pretendió que "la soberanía permanente sobre los recursos naturales devino en una norma de *jus cogens*". Ver: *Kuwoit v. Am. Independent Oil Co.* 21 ILM 976 (1982).

25 Czaplinski, W. *Concepts of* Jus Cogens *and Obligations* Erga Omnes *in International Law*. Polish Y. B. Intl. L. 87 (1997-1998), p. 88.

26 Ver: Verdross, A. *Forbidden Treaties in International Law*. 31 AJIL 571 (1937); Verdross, A. Jus Dispositivum *and* Jus Cogens *in International Law*. 60 AJIL 55 (1966).

27 Ver: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, ICJ Reports (1970), para. 33-35 y para. 91. Ver también: *East Timor* (Portugal v. Australia), Judgment, ICJ Reports (1995), para. 29; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia & Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports (1996), p. 595, para. 31.

28 Villagrán Kramer, F. *El Derecho Internacional Ambiental Más Allá de "Soft Law"*. En: *Jornadas de Derecho Internacional*. 18 al 20 de octubre de 1999. Secretaría General de la OEA. Montevideo (1999), p. 233.

cualquier instrumento internacional, fuera de los tratados, que contenga principios, normas, estándares, o cualquier otra forma de declaraciones sobre una conducta esperada.[29] No es posible, por lo tanto, asimilar estos acuerdos a los tratados, aun cuando éstos no contengan compromisos específicos o las obligaciones que impone no puedan implementarse.[30]

Existen quienes distinguen entre normas de 'hard law' –normas vinculantes– y 'soft law' –normas no vinculantes– señalando que el incumplimiento de las primeras da lugar a consecuencias legales, mientras que la violación de las segundas únicamente da lugar a consecuencias políticas. Sin embargo, esta distinción resulta confusa y, en varios casos, no acertada, toda vez que existen casos de incumplimiento de normas vinculantes que dan lugar a consecuencias políticas y viceversa.

Lo que existe es una relación dinámica entre las obligaciones del 'hard law' y del 'soft law', similares a las que existen entre el derecho internacional y el derecho nacional. En este sentido, vemos que en la mayoría de casos 'soft law' es el precursor de un 'hard law' o sirve de suplemento de un instrumento de 'hard law'. Por lo que muchos instrumentos de 'soft law' sirven para que las partes puedan llenar ambigüedades en un texto legal, o para poder acomodarlo a las circunstancias del caso. Razón por la que muchos Estados negocian y acuerdan instrumentos no vinculantes, o 'soft law', conscientemente.

Sin embargo, para gobiernos, organizaciones intergubernamentales, entre otros, en el derecho internacional existe un sistema binario, dentro del cual un instrumento es o no es vinculante. Por lo que, aun cuando los instrumentos de 'soft law' han tenido un gran impacto en el desarrollo del derecho internacional, eso no los convierte en derecho o en una nueva fuente de derecho. Estos instrumentos pueden expresar una tendencia o señalar una parte en el proceso de formación de un tratado o una costumbre, lo cual no implica que adquieran un efecto vinculante para los Estados.

II. La relación entre las fuentes del Derecho Internacional

A. *Relación entre los tratados y la costumbre*

Existe una innegable relación entre los tratados y la costumbre como fuentes del derecho internacional.[31] En especial, debido a que toda práctica estatal debe tomar la forma de un acto internacional del Estado, es decir, un acto tomado con relación a uno o más Estados. La conclusión de tratados son los más normales y esenciales de estos actos y consecuentemente, éstos serán los actos internacionales relevantes para el desarrollo de una costumbre internacional.

En este sentido, como señala Jiménez de Aréchaga,[32] se han reconocido tres formas o modalidades de efectos relacionados con la formación del derecho internacional consuetudinario, a partir de la adopción de tratados, a saber:

i) efecto declarativo;
ii) efecto cristalizador; y
iii) efecto constitutivo o generador.

El efecto declarativo, se da en los casos en que la norma convencional se limita a exponer una norma de derecho consuetudinario ya existente. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia señaló en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias Legales para los Estados de la Presencia de Sudáfrica del Sur en Namibia* que el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados era una norma de derecho consuetudinario, aun cuando dicho tratado no estaba en vigor, ni había sido aceptado por los

29 Sheldon, D. *Internatianal Law....* In Evans, M. (ed.) *Intematuanal Law*. p. 166; Sheldon, D. *Normative Hierarchy....* p. 319.

30 Hillgenberg, H. *A Fresh Loak at Soft Law*. 10 EJIL 499 (1999), p. 500-501.

31 Gaviria Liévano, E. *Derecho Internacional Publico*. 5ª Edición Editorial Temis. Bogotá (1998), p 38

32 Jiménez de Aréchaga, E. *El Derecho Internacional Contemporáneo* Editorial Tecnos. Madrid (1980), p. 19 y ss

Estados parte del asunto. En este sentido, la Corte estableció que:

> "Las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativas a la terminación de un tratado como consecuencia de su violación (que fueron adoptadas sin oposición) pueden, en muchos aspectos, ser consideradas como una codificación del Derecho consuetudinario existente en esta materia".[33]

De igual modo, en el caso relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte reconoció en cuanto a la aplicabilidad de los artículos 60 a 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que si bien:

> "(...) La Convención de Viena no es directamente aplicable al tratado de 1977 en la medida en la que los dos Estados no han ratificado esta convención sino después de haber concluido el tratado. En consecuencia, sólo las reglas de la convención que son declaratorias de derecho consuetudinario son aplicables al tratado de 1977 (...)".[34]

Por su parte, el efecto cristalizador se presenta cuando la incorporación de una costumbre a un tratado constituye la "primera formulación en un texto de una costumbre que no había alcanzado su madurez plena, pero que se hallaba (...) en vías de formación, una norma *in statu nascendi*".[35] De tal forma, la norma cristalizada obligará como costumbre a todos los Estados que no se hayan opuesto expresamente a la misma, y como tratado a todos los Estados parte del mismo.

En tal sentido, la Corte Internacional de Justicia en los casos sobre la *Plataforma Continental del Norte* aceptó que los tres primeros artículos de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 29 de abril de 1958, eran una expresión escrita de normas del derecho internacional general ya establecidas, es decir que:

> "(...) estos tres articulos son los que entonces, ciertamente, se consideró que consagraban o cristalizaban normas de Derecho internacional consuetudinario, o al menos en vías de formación, relativas a la plataforma continental (...)".[36]

Por último, el efecto constitutivo o generador se presenta cuando la norma de un tratado no propone la codificación del derecho existente, sino un potencial desarrollo progresivo de ese derecho. Y nada impedirá que en estos casos esa norma constituya el punto de partida de una práctica posterior uniforme de los Estados conforme dicha disposición que, con el tiempo, se transforme en una norma de costumbre internacional.

Dicho efecto fue expresado por el Juez Sørensen en su opinión disidente en los casos de la *Plataforma Continental del Norte*, al señalar que:

> "El convenio puede servir como una guía dotada de autoridad para la práctica de los Estados que se enfrenten con los nuevos problemas jurídicos con él relacionados, y de esta forma sus disposiciones pueden llegar a ser el núcleo alrededor del cual cristalice un nuevo conjunto de normas jurídicas generalmente reconocidas".[37]

Resulta entonces que el elemento indispensable será la práctica subsiguiente al tratado de los Estados no parte; dicha conducta será determinante en la formación de la costumbre, ya que no existe obligación para ellos a comportarse en el sentido que invocan las disposiciones convencionales. Tomando en cuenta

33 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1971), p. 47.

34 *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment, ICJ Reports (1997), para. 99.

35 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. *El Derecho Internacional Contemporáneo*, p. 20.

36 *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands), ICJ Reports (1969), p. 39, para. 63.

37 Dissenting Opinion Judge Sorensen. *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands), ICJ Reports (1969), p. 244.

que el silencio de estos terceros Estados no podrá interpretarse como una aceptación tácita, o aquiescencia, de dichas disposiciones convencionales, como sucede en el proceso normal de formación de la costumbre internacional.[38]

Sin embargo, la situación se complica cuando se habla de un tratado que tiene una participación prácticamente universal. En esta situación se hace sumamente difícil probar el estado del derecho consuetudinario fuera de las relaciones jurídicas creadas por el tratado en cuestión. A lo anterior, la Corte Internacional de Justicia se pronunció en el caso de la *Platafarma Cantinental del Narte* señalando que:

> "Respectoalosotroselementosgeneralmente estimados necesarios para que una norma convencional se considere que ha llegado a ser norma general de Derecho internacional puede que sea suficiente, incluso sin que haya transcurrido un largo período de tiempo, una participación muy amplia y representativa en el convenio, siempre y cuando incluya los Estados especialmente interesados (...) El hecho de que a veces no se haya procedido a la ratificación de un convenio por causas distintas de una desaprobación activa de dicho convenio difícilmente puede servir de base para deducir la aceptación positiva de sus principios: las razones pueden ser materia de conjeturas, pero los hechos están ahí".[39]

No obstante, por la naturaleza misma del derecho convencional, existe la posibilidad de que los Estados realicen reservas, denuncias, enmiendas, entre otros. Estos actos que pueden llevar a limitar la costumbre internacional sobrevenida por el efecto generador, hasta el punto de poder transformarla.

38 Diez de Velasco, M. *Instituciones*.... p. 117.

39 *North Seo Continental Shelf* (Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands), ICJ Reports (1969), para. 73.

De cualquier modo, sin importar cuáles sean los efectos que tenga una costumbre internacional a partir de la adopción de un tratado, lo importante será recordar que las fuentes del derecho internacional no se encuentran segmentadas, sino que se interrelacionan entre sí.[40]

B. Jerarquía entre las fuentes del Derecho Internacional

Generalmente los sistemas de derecho establecen la jerarquía de sus normas con base en las fuentes de las cuales derivan.[41] Lo que conlleva a que la forma del razonamiento legal aplicado en la práctica será, naturalmente, jerárquico.[42]

Al abordar el tema de la jerarquía normativa en el derecho internacional, se da un nexo ineludible al proceso, toda vez que para poder identificar normas y su relatividad normativa se debe considerar las normas procesales que permiten el reconocimiento de normas sustantivas. El acuerdo de los Estados para identificar cuáles son las obligaciones internacionales que los vinculan fue formulado, inicialmente, en el Estatuto de la CPJI, convertido luego en el Estatuto de la CIJ. Ambos textos señalan que las controversias internacionales se resolverán, principalmente, a través de la aplicación de tratados, costumbres y principios generales del derecho internacional.[43] Sin embargo, no se hace ninguna referencia a la jerarquía, salvo al señalar las decisiones judiciales y la doctrina como '*media[s] auxiliar[es] para la determinación de las reglas de derecho*'.

Por lo tanto, se puede señalar que el artículo 38 no se basa en una distinción entre fuentes formales y materiales del derecho. El orden de aplicación de las fuentes enumeradas dependerá únicamente del orden establecido en dicha norma. Pero, sería imprudente pensar que este orden impone una jerarquía

40 Ver: Higgins, R. *Problems and Process* p. 32

41 Shelton, D. *Normative Hierarchy* p. 291

42 Koskenniemi, M. *Hierarchy in International Law: A Sketch* 8 EJIL 566 (1997)

43 Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas proveen, únicamente, evidencia para establecer la existencia de una norma (artículo 38, Estatuto CIJ)

entre las fuentes en todos los casos.[44] Consecuentemente, en todo caso dependerá de los proponentes demostrar la existencia de una jerarquía en la práctica o que existen otros medios para la creación de normas legales.[45]

De tal forma que, cuando exista más de una regla que sea *prima facie* aplicable a una situación, el criterio de primacía y derogación de fuentes se deberá realizar mediante la aplicación de dos principios generales: *lex specialis derogat generali* (una norma especial o particular prevalece sobre una norma general)[46] y *lex posterior derogat priori* (una norma posterior de contenido contrario deroga a una anterior de idéntico rango).

El caso normalmente será de un tratado que contiene una *lex specialis*, y como tal prevalece sobre cualquier otra norma inconsistente de derecho consuetudinario. En tal situación se presume que las partes al tratado conocían las normas de costumbre internacional y decidieron contratar fuera de ellas expresamente en el tratado.

Pero, ¿qué sucede cuando una norma de costumbre internacional surge posteriormente a la conclusión de un tratado y que la misma puede ser considerada como *lex specialis* en relación al sistema establecido por el tratado? Si la norma sobrevenida de derecho consuetudinario es una aceptada como *jus cogens*, entonces, conforme los dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no sólo las normas convencionales que sean contrarias serán derogadas, sino que "(...) todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".[47]

No obstante, asumiendo que la nueva norma consuetudinaria no cae dentro de la categoría de una norma de *jus cogens*, ¿cuál puede ser la postura a tomar? Si todas las partes del tratado han contribuido a la creación y desarrollo de la nueva costumbre mediante su actuación internacional, podría ser el caso de una modificación al tratado, o en su caso de una interpretación del mismo.[48] Al contrario, esta solución falla cuando ninguno de los Estados partes al tratado, o solamente algunos de ellos, han participado en la creación de la nueva costumbre internacional, ya que no se podría hablar de una modificación al tratado.[49] Sin embargo, en todos los casos, cuando se forme una nueva norma de derecho consuetudinario que no sea una norma imperativa o *jus cogens*, la misma no afectará la operación de un tratado preexistente. Es decir, ambas normas deberán coexistir y dependerá de la práctica judicial la aplicación que se le de a cada una.

III. El Reconocimiento de las Fuentes del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional de Guatemala

En el Derecho guatemalteco encontramos que la Constitución Política de la República de Guatemala,[50] norma suprema de su ordenamiento jurídico,[51] reconoce en su artículo 149 que la conducta internacional del Estado de Guatemala atenderá a:

> "(...) los principios, reglas y prácticas internacionales, con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y la defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados".

44 Dissenting Opinion Judge Moreno Quintana. *Right of Passage over Indian Territory* (Portugal v. India), Judgment, ICJ Reports (1960), p. 90.

45 Shelton, D. *Normative Hierarchy*.... p. 295.

46 Ver: *Right of Passage over Indian Territory* (Portugal v. India), Judgment, ICJ Reports (1960), p. 42.

47 Artículo 64, CVDT.

48 *Cf. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1971), p. 16, paras. 21-22.

49 Ver: artículo 41, CVDT.

50 Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985. Entró en vigencia el 14 de enero de 1986.

51 Artículo 175, CPRG.

Dicha norma reafirma el reconocimiento, por parte de Guatemala, de las fuentes formales del derecho internacional contenidas en el artículo 38(1) del Estatuto de la CIJ, y obliga a que su conducta internacional se realice en atención a 'los principios, reglas y prácticas internacionales'.[52]

Lo anterior se ve condicionado a que esas relaciones con otros Estados estén encaminadas a la consecución de ciertos fines.[53] Como lo señaló la Corte de Constitucionalidad en sentencia del 29 de septiembre de 1999, en la cual se analizó la acción de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo 123-87, emitido por el Presidente de la República, por medio del cual Guatemala '(...) reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', Guatemala en sus relaciones internacionales debe cumplir con:

> "(...) las normas de conducta que, en la esfera de sus relaciones internacionales, prescribe para el Estado el artículo 149 *ibíd.*".[54]

El alcance de dicha norma fue reconocido por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2007 dentro de la acción de Amparo presentada por varios ex funcionarios de gobierno dentro del proceso de extradición de estas personas solicitada por el Reino de España por los delitos de terrorismo, homicidio y secuestro.[55] En dicha oportunidad esa Corte estableció que:

> "(...) en lo que concierne a los nacionales de Guatemala, que residen en su territorio y están sometidos por el orden jurídico interno (artículo 153 de la Constitución Política de la República de Guatemala), dicha discusión, en la que el Estado guatemalteco no fue parte, no puede ni debe afectarles *en tanto se produce dentro y exclusivamente en el ámbito de la soberanía de otro país, que, por sí mismo, no puede representar una voluntad jurídica obligatoria que solamente se le reconoce a las fuentes legítimas del Derecho Internacional (artículo 149 ibídem)* (...)".

En cuanto a los conceptos utilizados en la redacción del artículo 149 constitucional, llama la atención el uso inadecuado con que se designó la costumbre internacional en el texto constitucional. En especial, debido a que la 'práctica internacional' como se utiliza en el texto constitucional figura como una de las partes o elementos de la costumbre internacional. Tal circunstancia conlleva grandes riesgos para Guatemala, en especial frente a la posibilidad que se arguya internacionalmente que Guatemala ha prescindido del reconocimiento de la *opinia juris sive necessitatis* como elemento necesario para el establecimiento de una costumbre internacional.

De igual manera, el llamado que hace el mencionado artículo a las 'reglas internacionales' resulta confuso y, en gran medida, superfluo. Toda vez que son los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho los que establecen reglas para los sujetos del derecho internacional.

Por su parte, la redacción del artículo 149 de la Constitución no apoya la tesis de una jerarquización entre las fuentes del derecho internacional. Hecho que se ve confirmado en el Diario de Se-

52 *Cf. Expediente 482-98 (Opinión Consultiva)*, 59 G. Jur. 695 (2001), p. 695-696.

53 Aun cuando no se ha dado una clara indicación en el texto constitucional ni en la jurisprudencia sobre cómo deben ser interpretados los fines a que se refiere el articulo 149 constitucional, puede servir de guía la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* (Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, 24 de octubre de 1970) y su Anexo.

54 *Expediente 483-98 (Inconstitucionalidad General)*, 53 G. Jur. 55 (1999), p. 63.

55 *Expediente 3380-2007 (Apelación de Amparo)*. Diario de Centro América, 14 de enero de 2008, p. 19.

siones de la Asamblea Constituyente.[56] Asimismo, tal jerarquización tampoco sería posible realizarla doctrinariamente, ya que el mismo Estatuto de la CIJ no hace tal jerarquización y Guatemala, por ser parte del mismo, no podría argumentar válidamente lo contrario.

Sin profundizar, en este estudio, sobre el debate referente a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, se debe recordar que el artículo 204 de la Constitución de la República establece que:

> "Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado".

En la interpretación del principio de supremacía constitucional que contiene dicha norma, la Corte de Constitucionalidad, en sentencia del 29 de marzo de 2001 consideró que:

> "(...) la jerarquía constitucional y su influencia sobre todo el ordenamiento jurídico tiene una de sus manifestaciones en la prohibición de que las normas de jerarquía inferior puedan contradecir a las de jerarquía superior. El principio de supremacía legal está garantizado por la Constitución; por una parte, la que ordena la adecuación de la ley a las normas constitucionales y, por la otra, la que impone a los tribunales el deber de observar en toda resolución o sentencia el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley. Del principio de soberanía se deriva el de la jerarquía normativa que impone la coherencia del ordenamiento jurídico, de manera que la norma superior determina la validez inferior (...)".[57]

Interpretación ésta que complementa el criterio establecido por la misma Corte en sentencia del 11 de diciembre de 1996, en la cual señaló que:

> "(...) *Uno de los principios fundamentoles que informo el derecho guatemalteco es el de supremocío constitucionol, que implica que en la cúspide del ordenomiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley supremo, es vinculonte poro gobernantes y gobernados a efecto de logror lo consolidoción del Estodo Constitucional de Derecho.* Esa superlegalidad se reconoce, con absoluta precisión, en tres artículos de la Ley Fundamental: el 44 que dispone que serán nulas *ipso jure* las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza; el 175 que afirma que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones y que las que violen o tergiversen sus mandatos serán nulas *ipso jure*; y el 204 que establece que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado (...)".[58]

Consecuentemente, y tal es la importancia que guarda la Constitución frente a la ley y los tratados, que resultará esencial recordar el texto del artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial,[59] en el cual se enumeran las fuentes del derecho guatemalteco en la forma siguiente:

> "La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará.

56 *Diario de las Sesiones de la Asamblea Constituyente.* Tomo I. Número 52. Sesión del miércoles 13 de marzo 1985. Guatemala (1985), p. 6-8; y *Diario de las Sesiones de la Asamblea Constituyente.* Tomo I. Número 53. Sesión del jueves 14 de marzo 1985. Guatemala (1985), p. 5-7.

57 *Expediente 1200-2000 (Inconstitucionalidad General)*, 59 G. Jur. 56 (2001), p. 59-60. Ver también: *Expediente 848-95 (Inconstitucionalidad General)*, 39 G. Jur. 29 (1996), p. 30.

58 *Expediente 639-95 (Inconstitucionalidad General)*, 42 G. Jur. 20 (1996), p. 23.

59 Decreto 2-89 del Congreso de la República.

La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada".

IV. Conclusión

La complejidad que se percibe en el sistema de derecho internacional es el reflejo normal del aumento en las formas en que los sujetos de derecho internacional pueden adoptar compromisos para dar solución a sus problemas. Estos actores internacionales crean e implementan una variedad de compromisos internacionales, algunos de ellos vinculantes y otros no vinculantes. Lo cual, aun cuando pueda reducir las opciones para su ejecución, no niega la existencia de un interés y un compromiso en cumplirlos.

Es, pues, fundamental el estudio de las fuentes del derecho internacional como medio para identificar ese derecho. Para aplicar coherentemente los derechos y obligaciones adquiridos por los sujetos del derecho internacional. Especialmente al ser el derecho internacional una serie de relaciones complejas y dinámicas entre sus distintas fuentes.

El establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional trajo consigo la enumeración de las fuentes del derecho internacional que, hasta ese momento eran reconocidas por la práctica estatal, las decisiones judiciales, y las opiniones doctrinarias. Consecuentemente, la identificación que nos ofrece el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como continuación de su predecesora, resulta ser una definición completa que, no obstante las críticas que se le han hecho, continuará guiando a la comunidad y al juez internacional.

Pero, en todo caso, será fundamental la situación del derecho interno de los Estados, en especial respecto de la aplicación e interpretación de las fuentes del derecho internacional. Como se ha visto, en Guatemala se han aceptado las fuentes formales reconocidas por el derecho internacional. Sin embargo, la aplicación e interpretación que de las mismas se ha hecho ha dejado fuera algunos elementos esenciales para la correcta aplicación e interpretación del derecho internacional por el derecho interno. De modo que el correcto cumplimiento de las obligaciones internacionales por Guatemala dependerá de la futura actividad judicial, siempre bajo la luz del mandato constitucional que obliga a que Guatemala norme sus relaciones con otros Estados conforme con los principios, reglas y prácticas internacionales.

V. Bibliografía

Barberis, J.A. *Los Actos Jurídicos Unilateroles como Fuente del Derecho Internacional Público*. En Pérez González, M. (Coord.) *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo: Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasca*. Editorial Tecnos. Madrid (1993)

Czaplinski, W. *Concepts of* Jus Cogens *and Obligations* Erga Omnes *in International Law*. Polish Y. B. Intl. L. 87 (1997-1998)

Diario de las Sesiones de la Asamblea Constituyente. Tomo 1. Número 52. Sesión del miércoles 13 de marzo 1985. Guatemala (1985)

Diario de las Sesianes de la Asamblea Constituyente. Tomo 1. Número 53. Sesión del jueves 14 de marzo 1985. Guatemala (1985)

Díez de Velasco, M. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. 15ª Edición. Editorial Tecnos. Madrid (2005)

Franck, T. *World Made Low: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases*. 69 AJIL 612 (1975)

Gaviria Liévano, E. *Derecho Internacional Pública*. 5ª Edición. Editorial Temis. Bogotá (1998)

Guggenheim, P. *Les Deux Éléments de la Coutume en Droit International*. En: *La Technique et les Principes du Droit International Public: Études en L'Honneur*

de Georges Scelle. Volumen I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris (1950)

Halajczuk, B. & Moya Domínguez, M.T. *Derecho Internacional Público*. 3ª Edición. Editorial Ediar. Buenos Aires (1999)

Higgins, R. *Problems and Process. International Law and How We Use It*. Clarendon Press. Oxford (1994)

Higgins, R. *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*. Oxford University Press. London (1963)

Hillgenberg, H. *A Fresh Look at Soft Law*. 10 EJIL 499 (1999)

Jennings, R. *Recent Developments in the International Law Commission: It's Relation to the Sources of International Law*. 13 ICQL 385 (1964)

Jiménez de Aréchaga, E. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Editorial Tecnos. Madrid (1980)

Kennedy, D. *International Legal Structures*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden (1987)

Koskenniemi, M. *Hierarchy in International Law:A Sketch*. 8 EJIL 566 (1997)

Macdonald & Hough. *The Nuclear Tests Case Revisited*. 20 Ger.Y. B. Intl. L. 337 (1977)

Rubin, A. *The International Legal Effects of Unilateral Declarations*. 71 AJIL 1 (1977)

Schwebel, S. *The Effect of Resolutions of the UN General Assembly on Customary International Law*. ASIL Proceedings (1979)

Shelton, D. *Normative Hierarchy in International Law*. 100 AJIL 291 (2006), p. 297.

Shelton, D. *International Law and 'Relative Normativity'*. In Evans, M. (ed.) *International Law*. Oxford University Press. Oxford (2003)

Verdross, A. *Forbidden Treaties in International Law*. 31 AJIL 571 (1937)

Verdross, A. Jus Dispositivum *and* Jus Cogens *in International Law*. 60 AJIL 55 (1966)

Villagrán Kramer, F. *El Derecho Internacional Ambiental Más Allá de "Soft Law"*. En: *Jornadas de Derecho Internacional*. 18 al 20 de octubre de 1999. Secretaría General de la OEA. Montevideo (1999)

Villagrán Kramer, F. Actos Convencionales y No Convencionales-Ratificación, Aquiescencia y Estopell. En Rama-Montaldo, M. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Liber Amicorum Eduardo Jiménez de Aréchaga. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (1994)

La gran confusión sobre el "estado de derecho"

Por: Lic. Luis Pedro Álvarez[1].

¿Qué es el "Estado de derecho"?

Estoy seguro que, hoy en día, uno de los conceptos más utilizados en el discurso político, jurídico, social, académico, etc. es el de "estado de derecho", sin embargo, creo que existe poco o ningún acuerdo sobre lo que (el mismo) significa. Igualmente, es ampliamente utilizado por los periodistas sin tener, en algunos casos, la menor idea de lo que este implica y, por eso, trataré en el presente artículo de proveer algunos lineamientos que nos ayuden a tener una idea más clara sobre el mismo. También, en esta tarea, es importante hacerlo en el lenguaje más asequible para el lector de lo contrario confundiré, más que aclarar las ideas.

Considero, que una de la razones por las que hay tanta confusión sobre su significado es que en el idioma español, a diferencia de lo que sucede en el idioma inglés con el concepto de *"rule of law"*, la palabra "Estado" es normalmente asociada con el concepto jurídico-político de "gobierno" y, en algunos casos, en una forma más elaborada de contenido dentro del "derecho administrativo", que en realidad tiene poca relación con lo que significa el "Estado de Derecho". Como veremos más adelante, el papel del gobierno es trascendental para lograr vivir dentro de un "estado de derecho", y de hecho su principal función, pero no por ello significa que todo lo que provenga del "gobierno" contribuya al fortalecimiento del "estado de derecho". Para ilustrar mejor este problema, voy a citar algunas de las acepciones que el Diccionario de la Real Academia Española nos da sobre la palabra "Estado" el cual establece literalmente que "estado" proviene de la palabra latina *status*, y significa: "Situación en que está una persona o cosa, y en especial cada uno de los sucesivos modos de ser de una persona o cosa sujeta a cambios que influyen en su condición" – esa definición es aceptable para los fines de este artículo– pero más adelante nos dice también que estado es el "Conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano... Territorio de cada país independiente... En el régimen federativo, porción de territorio cuyos habitantes se rigen por leyes propias, aunque sometidos en ciertos asuntos a las decisiones del gobierno general..."

Para evitar este problema yo preferiría que para traducir el concepto en inglés de "rule of law" lo hiciéramos como "imperio del Derecho". Y como ven, utilizaría la palabra Derecho con mayúscula para diferenciarla del concepto de derecho equivalente a cualquier facultad/obligación proveniente de la legislación. Más adelante explicaré con más detenimiento la diferencia entre "Derecho" y "legislación".

---

1 Egresado de la Universidad Francisco Marroquín, Derecho, Guatemala (Abogado y Notario, magna cum laude, 1999). Condecorado con el Premio a la Excelencia Académica del Decano de la Facultad de Derecho, y Premio "José Vicente Rodríguez" por el mejor Desempeño académico en la cátedra de Derecho Civil. Experto en derecho penal por la Universidad de Salamanca, España, marzo 2005. Miembro de la Comisión de Derecho Procesal Penal de la "International Bar Association". Profesor de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, 2007. Vicepresidente del "Instituto para la Justicia", Guatemala. Miembro de la "Cámara Guatemalteca de Periodismo", 2007 y Director 2008. Colaborador de los programas periodísticos "Contra Vía" por radio 100.9 Light FM y "Viva la Mañana" por Guatevisión TV.

Entonces, siguiendo la acepción de "Estado" como "situación" en la que cada individuo se encuentre, ahora nos toca definir el concepto de "Derecho" para luego concatenarlos. Derecho lo entiendo como el conjunto de principios de conducta humana necesarios para lograr la cooperación pacifica entre individuos que tienen que ser respetados y enforzados para ser libres y progresar. Por lo anterior, "Estado de Derecho" es, en realidad, una "situación" donde se respetan esos mencionados "principios" necesarios para progresar. La experiencia humana ha demostrado que las sociedades donde los individuos tienen más probabilidad de alcanzar niveles de vida más altos es donde hay más libertad y más respeto a ciertos principios normativos de conducta. Así que los principios que debe promover y garantizar el "Derecho" serán aquellos que mejor protejan la vida y la libertad de la persona. Además, no se puede garantizar a nadie la libertad si no se protege con gran celo su propiedad privada, pues es ésta la que nos sirve para capitalizarnos y salir de esa condición natural del hombre al nacer, que es la pobreza extrema (en el supuesto de no heredar nada). Hay que tener claro que, mi libertad termina donde comienza la del vecino, por lo que el "Derecho" también deberá poder dilucidar adecuadamente las controversias que surjan entre los particulares para asegurarle a cada quien su esfera privada de acción y cuándo esta es violada cese de inmediato la trasgresión y pueda la victima ser resarcida adecuadamente.

Lo más probable hoy en día es que, a excepción de los países donde todavia siguen vigentes sistemas totalitarios de gobierno, nadie se oponga a la idea que el "Estado de Derecho" promueve la libertad y que sólo en ese contexto podemos progresar. Como dijera antes, el problema surge cuando nos sentamos a la mesa a razonar sobre lo que el "Derecho" puede o no asegurarnos. Desde mi perspectiva libertaria, el "Derecho" únicamente deberá proteger nuestros derechos individuales a la vida, la libertad y la propiedad privada, así como las diferencias que surjan en esa protección. Recordemos que, el concepto de "derecho" en sentido jurídico implica que, si a alguien le es reconocido para todos los demás será una obligación respetar ese derecho. Por esto último es muy importante tener claro qué podemos y debemos esperar que el "Derecho" nos pueda garantizar, de lo contrario resultaríamos esperando cosas que alguien más deberá proveer o creando falsas expectativas y es allí donde surge la peligrosa degeneración de este concepto.

A nivel internacional, la falta de claridad y consenso sobre el concepto de "Estado de Derecho" han sido reconocidas y creo que es pertinente hacer referencia al esfuerzo que está haciendo el "World Justice Project (WJP)", por sus siglas en inglés, (www.abanet.org/wjp) o Proyecto Mundial de Justicia, del cual me honro apoyar, en ese sentido. Este proyecto busca, similarmente a nuestro artículo, brindar un concepto generalmente aceptado de lo que significa el "Estado de Derecho" (Rule of Law) y lo hace a través de establecer, según ellos, cuatro elementos fundamentales para su existencia. No existe una traducción oficial al español del WJP por lo que, simplemente, referiré al lector a la página de la Internet del proyecto si desea más información sobre el mismo[2]. Invito al lector a unirse a este esfuerzo por su trascendental importancia, ya que ponernos de acuerdo sobre el contenido de los términos al hablar es presupuesto fundamental para una buena comunicación.

¿Para qué nos sirve el "estado de derecho"?

La respuesta es muy sencilla. Para ser libres. El "Estado de Derecho" no es un fin en sí mismo, es el medio necesario para garantizarnos a todos los individuos la libertad. El fin último de cada persona es ser feliz, lo que signifique esto para cada quien. Lo

2 The government and its officials and agents are accountable under the law;
The laws are clear, publicized, stable and fair, and protect fundamental rights, including the security of persons and property;
The process by which the laws are enacted, administered and enforced is accessible, fair and efficient;
The laws are upheld, and access to justice is provided, by competent, independent, and ethical law enforcement officials, attorneys or representatives, and judges who are of sufficient number, have adequate resources, and reflect the makeup of the communities they serve.

que sí sabemos es que en un "estado" o situación de completa anarquía, nadie puede ser libre porque el más fuerte se impone sobre el débil y eso genera violencia y caos. El hombre ha descubierto que sometiéndose voluntariamente a un sistema normativo de conducta, donde se repriman los actos ilegítimos de unos en contra de otros, se puede vivir pacíficamente y progresar económicamente también. A este sistema normativo le llamamos "Derecho". Principalmente, el "Derecho" busca garantizarle al individuo seguridad y justicia. Para administrar este sistema normativo se hizo necesario crear una burocracia a la que le llamamos "gobierno" compuesta de funcionarios y empleados públicos. Desgraciadamente, la experiencia ha demostrado que los hombres que administran este aparato burocrático, al que le llamamos "gobierno", suelen abusar del poder que ostentan y, por ello, es necesario ponerles límites muy claros en sus funciones. Por lo tanto, es a través de la "legislación" que se organiza y limita al gobierno. De este razonamiento vemos claro que "Derecho" y "legislación" no son lo mismo, aunque como veremos en el siguiente parágrafo, en los países que seguimos el sistema jurídico latino existe gran confusión sobre el tema.

Diferencias entre Derecho, ley y legislación

En el sistema jurídico anglosajón se diferencian con más claridad los conceptos de "Derecho" y "legislación" (aunque recientemente por la influencia recíproca entre el sistema latino y el anglosajón desafortunadamente con menos relevancia). Siguiendo la definición que dimos de Derecho como el conjunto de principios de conducta humana necesarios para lograr la cooperación pacífica entre individuos que tienen que ser respetados y enforzados para ser libres y progresar, vamos a dar un paso hacia delante y avanzar usando de base la distinción que Hayek[3] hace entre "ley" y "legislación", comprendiendo, a mi manera de entender, como "ley" aquellas normas de conducta humana de carácter obligatorio de creación espontánea que rigen nuestro comportamiento aún antes que las podamos identificar y plasmar en estatutos, producto principalmente de procesos de ensayo y error como la costumbre y el precedente; y por "legislación", aquellas normas de organización de los entes de carácter público, es decir estatales, originadas normalmente de actos deliberados del legislador. El conjunto de "leyes" entendidas en el sentido anterior, forman el "Derecho". Debido a que en el sistema jurídico latino el proceso de creación formal (a diferencia del proceso originario de la "ley" como es el ensayo y error, fuente de la costumbre y los sistemas del precedente) de la "ley" es exactamente el mismo al de creación de la "legislación", el producto final se confunde cuando su ámbito de aplicación es completamente distinto. La "ley" rige el derecho privado, es decir la actividad entre particulares, y la "legislación" el derecho público, es decir la actividad burocrática. Por supuesto que, es importante, hacer la aclaración que la razón principal de ser de la actividad burocrática, en teoría, es servir también a los particulares, pero nos referimos aqui a la forma en que éstos han de funcionar operativamente. Para evidenciar esta sutil pero importante diferencia, vemos cómo el principio de legalidad funciona diametralmente opuesto en lo privado que en lo público, pues los particulares podremos hacer todo aquello que la "ley" no nos prohiba y los funcionarios y empleados públicos podrán hacer únicamente aquello que la "legislación" les permita. No debemos perder de vista que el fin último de la "ley" como el de la "legislación" es procurar la libertad individual.

Derivado de lo anterior, para que una norma de conducta de carácter obligatorio pueda ser aceptada como una verdadera "ley", es importante que llene ciertos requisitos indispensables como lo son la generalidad y la abstraccion. Generales, pues por ser normas de conducta de caracter obligatorio no pueden discriminar ni hacer excepciones y abstractas pues deben regir siempre hacia el futuro para evitar violar la primera de las caracteristicas, o sea la generalidad. Las "leyes" no deben estar dirigidas

3 Hayek, Friedrich A. **Derecho, legislación y libertad.** Vol. I-III. Unión Editorial. 3ra. ed. Madrid, España.

a nadie en especial ni tampoco destinadas a casos específicos que ya sucedieron. Además, la "ley" debe ser suficientemente publicitada, de fácil comprensión y con un alto grado de aceptación de parte de sus destinatarios. En el caso de la "legislación" ocurre distinto, pues normalmente van dirigidas a uno o más individuos cuyo elemento subjetivo es que sean funcionarios o empleados públicos y, aunque pueden ser abstractas, también pueden referirse a casos o situaciones concretas. Pero la característica más importante de la "ley" es que persigue proteger y garantizarle al individuo una esfera privada de libertad de acción que nadie, ni siquiera por interés de la mayoría de las personas, pueda ser violada obligando a reparar debidamente su trasgresión. Aunque, normalmente, las constituciones políticas modernas garantizan formalmente la generalidad (igualdad) ante la ley y la abstracción (irretroactividad), luego se contradicen al contemplar privilegios a grupos específicos de interés (ej.: derechos sociales), que dejan la puerta abierta al intérprete constitucional para justificar cualquier violación a los primeros (derechos individuales) en aras de los segundos (derechos sociales, aunque es un error lógico llamarles derechos pues no llenan el requisito de generalidad y en realidad son privilegios).

Esta diferenciación es esencial para aclarar el concepto de "Estado de Derecho" pues si no se tiene clara la distinción entre Derecho, ley y legislación, se puede confundir – y de hecho es el problema más común – con un "Estado de legalidad". El sólo hecho de cumplir con el procedimiento formal de creación de la "ley", en los países que seguimos el modelo jurídico latino, confunde a las personas, ya que reviste a una mal comprendida "ley" de supuesta autenticidad cuando no la tiene, trayendo consecuencias nefastas como el hecho de las más ilegítimas intervenciones estatales en la vida de los particulares. Sobre el tema es importante reflexionar acerca de las críticas – muy fundadas – que se han hecho al "positivismo jurídico" por el cual se acepta como "ley" cualquier norma que ha pasado por el proceso formal para su promulgación, sin hacer hincapié en su contenido. Como decía al principio de este apartado, este problema lo sufrimos más en los sistemas jurídicos latinos donde la principal fuente del "Derecho" es la "ley" producto de las asambleas "legislativas". En los sistemas latinos, por no haber una diferenciación formal en el origen de la "ley" y de la "legislación", los burócratas han encontrado el aliado perfecto para no poner límite a su actuar, pues son a ellos mismos a quienes se les encarga generar las normas que supuestamente los han de contener.

Diferencias y relaciones entre estado de derecho, democracia y gobierno

Desde la antigüedad, en tiempo de Grecia y Roma, ya preocupaba a los filósofos políticos el contenido de las "leyes". Para salvaguardar que se cumpliera con los requisitos de "generalidad" y "abstracción" se consideró que las funciones de creación y administración (aplicación) de las normas debían estar separadas. La primera quedaría en manos de las "Asambleas" y la segunda en manos de los "jueces". Pero, en la antigüedad, se confundían los conceptos de "democracia" con el de "estado de derecho" por el hecho que las Asambleas legislativas eran formadas por el pueblo y, se tenía le creencia equivocada, que por ser constituidas por ciudadanos, estos iban a legislar correctamente y no en detrimento de los demás. Pasó mucho tiempo, y hasta la concepción ius naturalista del Derecho y los constitucionalismos modernos, que se impone una norma superior que sirve de marco dentro del cual el legislador no puede actuar. Ese límite no existe en donde se tiene la creencia que cualquier norma producto de un congreso o asamblea legislativa debe considerarse como "ley" y como parte del "Derecho".

Creo que, en nuestra época contemporánea, se siguen confundiendo los conceptos de "democracia" con el de "Estado de Derecho" por lo que considero conveniente definir el primero en este momento en virtud que ya lo hicimos con el segundo. Democracia no es más que un sistema político de gobierno donde se traspasa el poder pacíficamente, normal-

mente por la decisión de la mayoria de los votantes a quienes se les reconoce también el derecho de ser electos. Hay variantes por supuesto, pero en si eso es todo lo que debemos esperar de la democracia que, por supuesto es importante, pero no basta para proteger los derechos individuales de las personas del riesgo de la voluntad de las mayorías, del grupo o individuo que resulte electo. Prueba concreta de esto es el hecho que actualmente hay regimenes democráticamente electos como el de Hugo Chávez en Venezuela, Evo Morales en Bolivia y otros, que han sido electos democráticamente y vemos cómo el incipiente "Estado de Derecho" en esos paises, poco a poco, está desapareciendo y se están convirtiendo en regímenes totalitarios. Por otro lado, tenemos el caso de Hong Kong, el territorio más libre del mundo para muchos y de gran progreso económico, que nunca ha tenido un régimen democrático de gobierno, primero fue una colonia inglesa y ahora territorio bajo el control politico de China comunista, pero el cual se acerca más al "Estado de Derecho" por respetar y garantizar mejor los derechos individuales a la vida, la libertad y a la propiedad privada. Entonces, vemos que la libertad politica de elegir y ser electo, que la democracia propugna, no es suficiente para salvaguardar la libertad individual. Además, a mi parecer, una de las razones del gran atraso económico de los países latinoamericanos es que se ha llevado al extremo el ideal democrático, en el sentido, que demasiadas decisiones politicas y en muchos casos jurídicas se quieren resolver por medio de procesos consultivos "democráticos" sin respetar, en muchos casos, los derechos individuales de las personas.

Para evitar los excesos de la democracia es importante no olvidar los requisitos de abstracción y generalidad de la ley por los cuales la única igualdad que el "Estado de Derecho" debe procurar es precisamente la igualdad ante la ley. Dentro de un verdadero "Estado de Derecho" es imposible concebir que en aras de promover la igualdad económica se brinden privilegios legales a particulares grupos de interés por la presión política que estos puedan ejercer. Y eso es, exactamente, lo que estamos padeciendo en Guatemala y muchos otros paises del mundo. A esa degeneración del gobierno le llamamos frecuentemente estado benefactor. Como sabemos que las necesidades del hombre son ilimitadas, y si aceptamos que es función del gobierno satisfacer cualquier clase de necesidad (como lo podrian ser salud, vivienda, comida, educación, etc.), esto nos da como resultado inexorable una interminable expansión de la burocracia estatal que, cada dia, consume más recursos de sus habitantes a través de los impuestos. Además, en esta función redistribuidora de riqueza, resulta que sólo algunos se verán beneficiados con algún tipo de privilegio, dependiendo de la fuerza politica que tengan, y el sector productivo se verá gravemente afectado por altos impuestos y regulación intervencionista que promueve el castigo fiscal al más eficiente, para supuestamente buscar igualdad de tipo económico que en la realidad es imposible de alcanzar y de hecho no deseable.

Como dijimos en un principio, suelen confundirse los conceptos de "Estado de Derecho" y de "Estado de legalidad". En el estado de legalidad, los legisladores no tienen limites claros a su poder creador de leyes. Prácticamente, si se respetan las leyes, no importando su contenido, entienden sus defensores que se está viviendo en un "Estado de Derecho". Esto es un grave error y las consecuencias de su incomprensión son los grandes gobiernos que regulan e intervienen en toda actividad del hombre, creando costosas burocracias, corrupción que les es inherente a las grandes burocracias y pérdida de libertad para todos. Pero en un verdadero "Estado de Derecho", el gobierno si tiene un rol importante y es precisamente el de administrar justicia y brindar seguridad a sus habitantes. Esa es la forma de proteger los derechos individuales de las personas. Cuando se respetan los principios de generalidad y de abstracción de las leyes en su verdadero sentido, nos podremos dar cuenta que estas se reducen cuantitativamente y como consecuencia no queda lugar para que el gobierno intervenga en actividades como la economia, el comercio, la familia, etc. Su función debe ser la de garantizar a sus habitantes

derechos individuales como lo son la vida, la libertad y la propiedad privada y las de dirimir las diferencias que surjan en esa actividad, entre particulares y entre los gobernantes y los particulares. En esas funciones debe ser muy fuerte y la experiencia nos ha demostrado que dividir el poder y las funciones de los gobernantes es la forma más eficaz de hacerlo.

Conclusión

Como vimos, el "Estado de Derecho" es una situación jurídica fáctica donde se respeten los derechos individuales de las personas, entendidos estos derechos individuales como la vida, la libertad y la propiedad privada. Por supuesto que, de estos tres derechos se derivan una gran cantidad de instituciones jurídicas como lo son los contratos, el debido proceso penal y muchas otras, de suma importancia que deberán ser respetadas. Además, en la medida que vayamos pudiendo identificar esos principios necesarios para progresar y poderlos plasmar concretamente, las instituciones legales se irán refinando y los elementos necesarios para alcanzar el "Estado de Derecho" aumentarán. Pero, seguramente, esto debe ser un proceso lento y cuidadoso, ya que fácilmente se puede caer en la tentación racionalista constructivista del gobernante de pretender, arrogantemente, solucionar cualquier aspiración – no controversia de tipo jurídica – del ciudadano por medio de una ley y eso es imposible. Dar a cada quien lo que le corresponde no quiere decir dar a cada quien lo que quiera o incluso darle lo que necesite en términos económicos, como lo evocaban los sistemas comunistas y ahora los socialistas o social-demócratas. En el sentido de la justicia, el "Estado de Derecho" sólo puede asegurarnos a todos ser tratados igualmente ante la ley y eso debiera ser lo único que esperemos del gobierno. La única forma de alcanzar este objetivo es mediante la existencia de leyes generales y abstractas que no privilegien a nadie en especial, que además sean debidamente publicitadas y redactadas de tal forma que sean de fácil comprensión. Además, si queremos ser libres de verdad, los burócratas no debieran tener la posibilidad de promulgar el "Derecho" como lo hacen con la "legislación" que estructura al estado. En todo caso, se podría aceptar una función codificadora de una cámara legislativa dentro de un sistema político de asamblea bicameral, pero sólo en tanto estén las normas que codifiquen de acuerdo y en congruencia con la norma fundamental (Constitución Política de principios) y el proceso evolutivo creador del "Derecho" como lo es la costumbre y el precedente judicial.

El "Estado de Derecho" es un medio necesario e indispensable para ser libres. La libertad individual es lo único que nos aumenta la posibilidad, no asegura, de prosperar económicamente y así perseguir lo que a cada quien haga más feliz. Es trascendental no confundir el "Estado de Derecho" con el "estado de legalidad" por las razones ya apuntadas. Más importante aún es llegar a un consenso generalizado de lo que entendemos por "Estado de Derecho", la utilidad que representa para cada uno de nosotros y poder así difundir su contenido.

Trámites para crear compañías en Centroamérica

Lic. Lizzie Medrano de Gamberale[1]

I. Introducción

Para realizar una actividad productiva de acuerdo a la ley se debe primero cumplir con una serie de requisitos, trámites y leyes. El cumplimiento de esta normativa es lo que los autores peruanos Hernando de Soto y Enrique Ghersi han denominado "el costo de la legalidad."[2]

El Banco Mundial considera que registros comerciales efectivos tienen un impacto directo en la forma que se llevan a cabo los negocios en el país.[3] Además, indica que nuevas investigaciones sugieren que las diferencias en el crecimiento económico de los países pueden disminuir proporcionalmente con el crecimiento de la actividad empresarial.[4]

En opinión de la autora de este articulo, el desarrollo empresarial fomenta la riqueza. Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de facilitar los trámites burocráticos necesarios para crear compañías, fomentar la economía formal, ayudar al desarrollo empresarial en el país y así disminuir la pobreza.

II. Situación en Centroamérica

En Centroamérica casi todos los gobiernos han realizado reformas para agilizar los trámites de inscripción de nuevas empresas. Han modernizado sus sistemas de registro y, a la fecha, sólo en Nicaragua no se ha digitalizado el Registro Mercantil. En Honduras el registro de compañías es descentralizado y, en la jurisdicción de Tegucigalpa, se delegó la administración del Registro Mercantil en una entidad privada (la Cámara de Comercio e Industria). Ventanillas únicas para el registro de compañías han sido creadas en casi toda Centroamérica para facilitar el proceso de inscripción. En cada país han tomado una forma diferente: en Guatemala la institución existente (el Registro Mercantil) se reformó y modernizó para coordinar a casi todas las entidades encargadas de los registros obligatorios en el proceso de registro de una compañía. De la misma manera actuó el Registro de Comercio en El Salvador, donde además se creó una entidad independiente (la Oficina Nacional de Inversiones) que presta asistencia fuera del Registro y actúa como un facilitador de los trámites de inscripción recibiendo las solicitudes y transmitiéndolas al servicio integral del Registro (donde se les proporciona prioridad). En Nicaragua también se creó una oficina para facilitar los tramites denominada Ventanilla Única para las Inversiones (VUI). Mientras en Costa Rica no se han desarrollado este tipo de servicios para el registro de compañías.

1 Profesora visitante de la facultad de derecho de la Universidad Francisco Marroquin en Guatemala. Abogada y Notaria guatemalteca egresada de la UFM, con Maestría en Derecho Internacional y Comparado de la Vrije Universiteit de Bruselas, Bélgica. Reside en Ginebra, Suiza donde trabaja como consultora para la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

2 El costo de la Legalidad: "Diagnóstico de la tramitología en Guatemala". Resumen ejecutivo preparado por Carmen Urizar.

3 "Entrepreneurship and Firm Formation Across Countries" Leon Klapper, Rápale Amit, Mauro F. Guillén, Juan Manuel Quesada.

4 Galor and Michalopulos, 2006.

5 Agradezco los valiosos comentarios de Licdas Rebeca Permuth de Sabbagh en Guatemala, Armida López en Honduras, Linda Pleitez de Barrientos en El Salvador, Lyhelis Torres en Nicaragua y Lic Marvin Rodriguez en Costa Rica

III. Análisis comparativo

En este artículo presentaremos un análisis comparativo de los trámites obligatorios para registrar una sociedad anónima en cada país de Centroamérica. Para tal efecto, iniciaremos explicando las maneras en las cuales se puede llevar a cabo la inscripción y compararemos los trámites más ágiles en cada país para inscribir una sociedad anónima en la capital. Para efectos de la comparación, simularemos los costos de inscripción considerando que la sociedad cuenta con un capital totalmente suscrito y pagado en efectivo de USD 10,000 (sin aportaciones en especie), una empresa, cinco empleados, sus libros contables y corporativos cuentan con 100 páginas y tendrá un giro comercial simple (es decir, llevará a cabo las inscripciones básicas y obligatorias para operar como: la obtención de un número de identificación tributaria; y no completará inscripciones específicas como, por ejemplo; las marcas de los productos que comercializará). Para efectos del costo no se incluyó los honorarios de notario, o contador porque éstos dependen de lo que las partes hayan pactado de acuerdo a los servicios recibidos. Tampoco se tomaron en cuenta otros costos como la impresión de facturas, fotocopias, o copias autenticadas (cuando no sean obligatorias), o papel sellado. No se incluyó trámites preparatorios como la búsqueda de nombre, porque esta es una acción preventiva para evitar oposiciones en la inscripción y no un trámite obligatorio previo a registrarse.

El cómputo de tiempo se realizó en días, algunos trámites pueden tomar minutos para su realización pero debido al desplazamiento necesario se indicó un día como mínimo.

Esta comparación se basará en los requisitos establecidos en la ley, utilizará como fuentes la información publicada al respecto en los sitios web de las entidades a cargo, y los estudios realizados por organismos internacionales; en particular el sistema "e-regulations" de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el sistema "Doing business" del Banco Mundial.

Para concluir presentaremos la información en gráficas y una tabla recapitulativa de las inscripciones necesarias en cada país, la naturaleza de las entidades que administran los procedimientos, además mencionaremos otros trámites opcionales como la inscripción de inversión extranjera y las agencias para la promoción de inversiones que pueden ampliar la información para invertir en cada país.

Costa Rica

Es el único país donde no existe un servicio integrado o una ventanilla única para la presentación de documentos. Para crear una compañía se deben presentar directamente los documentos ante cada entidad a cargo del trámite.

COSTA RICA

Registros	Entidad a cargo	TIEMPO[9]	COSTO USD [10]
1. Sociedad 2. Representante Legal 3. Legalización de libros[6]	Registro Nacional-sección mercantil	21 a 28 días	30.07 sociedad 26.15 poder 23.46 libros
4. Publícación	La Gaceta	1 día	7.58 publicación sociedad
5. Contribuyente 6. Legalización de libros[7]	Dirección General de Tributación	1 día 8 días	Contribuyente gratis 0.88 libros contables 0.14 libros corporativos
7. Inscripción patronal INS	Instituto Nacional de Seguros (INS)	1 día (20min.)	Gratis
8. Inscripción patronal CCSS	Caja Costarricense del Seguro Social	7 días	Gratis
9. Permiso de funcionamiento[8]	Ministerio de Salud	14 a 21 días	30.00
10. Patente Municipal	Alcaldía	18 días	200.00
	TOTAL	**71 a 85**	**318.28**

6 Fuente de información: Manual del inversionista (http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/frame.htm) y en caso de ausencia de información: Datos publicados por Banco Mundial en "doing business" (http://www.doingbusiness.org/ExploreTopics/StartingBusiness/Details aspx?economyid=50#6).

7 Tipo de cambio aplicado USD1 = Colon (CRC) 510.62.

8 2000 colones por cada libro Art.2 inciso e) Ley de Aranceles.

9 Cada libro contable (min. 3): ¢125 en Timbre Fiscal y ¢25 en Timbres del Colegio de Contadores Privados. Libro corporativo (son 3) ¢25 en Timbres del Colegio de Contadores Privados.

10 Se estimó que se desarrolla una actividad de bajo riesgo (grupo C).

El Salvador

La inscripción comercial de una sociedad anónima se puede llevar a cabo de tres maneras:

1. **Trámite integral en el Registro de Comercio:** El Registro de Comercio reúne a varias entidades de manera que en un sólo trámite se pueden obtener en forma conjunta las siguientes inscripciones: 1) sociedad; 2) balance inicial; 3) matrícula de empresa; 4) número de identificación tributaria (NIT); 5) número de registro de contribuyente (IVA); 6) asignación y autorización de correlativo de facturas; 7) identificación patronal del ISSS; y 8) centro de trabajo.

2. **Trámite con la asistencia de la Oficina Nacional de Inversiones (ONI):** Se recomienda que los extranjeros utilicen este servicio de asistencia para registrarse. La ONI actúa como un intermediario que facilita y agiliza los trámites transmitiendo los documentos a los registros respectivos para su pronta inscripción. La ONI es además encargada del registro de inversión extranjera.

3. **Trámite normal:** Los usuarios pueden realizar los trámites en forma separada según sus necesidades.

EL SALVADOR

Registros	Entidad a cargo	TIEMPO[12]	COSTO USD
1. Sociedad 2. Balance Inicial 3. Empresa	Registro de Comercio	3 a 5 días en el trámite integral del Registro de Comercio	57.14 capital[13] 5.71 poder 17.14 balance 91.43 empresa[14] 34.28 establecimiento
4. NIT 5. Contribuyente IVA 6. Facturas	Ministerio de Hacienda		0.23 NIT
7. Inscripción patronal	ISSS		Gratis
8. Inscripción centro de trabajo	Ministerio de trabajo y previsión social		Gratis
9. Publicación	Diario Oficial y otro de mayor circulación	5 días	Depende del tamaño, costo mín. en Diario Oficial[15]: 12.00 publicación 1.50 diario oficial 15.00 otro diario
10. Inscripción Municipal	Municipalidad del domicilio de la entidad	2 días	21.92[16]
11. Administradora de fondo de Pensiones[11]	CREA ó CONFIA (privadas)	8 días	Gratis
	TOTAL	**18 – 20 días**	**USD 234.43**

11 Según información publicada en: http://elsalvador.e-regulations.com. El tiempo descrito es cuanto toma procesar la solicitud y obtener el resultado que se busca con el trámite.

12 0.57% del capital, con un pago mínimo de $57.14 si es una sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima o sociedad en comandita por acciones.

13 MATRiCULA DE EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO: a)cuota según el monto del activo de la empresa: $91.43 si activos entre $11,428.57 y $57,142.86; $137.14 entre $57,142.87 y $114,285.71; $228.57 entre $114,285.72 y $228,571.43; más 0.01% por cada $114,285.71 o fracción de $114,285.71, sobre 228,571.43, hasta un máximo de derechos a pagar de $11,428.57. b) $34.28 por cada establecimiento, sucursal o agencia.

14 Además se debe incluir el costo de la publicación en otro diario (información no disponible)

15 US$0.12 por cada US$114.29 de capital social declarado pagando un mínimo de US$11.43. La inscripción de comerciante individual es gratuita.

16 AFP: entidades privadas encargadas de administrar las contribuciones para las pensiones de los trabajadores.

Guatemala

El Registro Mercantil introdujo en septiembre del año 2006 el servicio de Ventanilla Ágil, por medio del cual todos los usuarios pueden llevar en forma simultánea las inscripciones ante varias entidades públicas (Superintendencia de Administración Tributaria –SAT–, Instituto Guatemalteco de Seguridad Social –IGSS–, Diario de Centroamérica). Además, los notarios tienen la posibilidad de llevar a cabo los trámites de inscripción en linea, y continúa existiendo la posibilidad de realizar cada uno de los trámites en forma consecutiva ante cada entidad a cargo o en las delegaciones respectivas en el Registro Mercantil.

GUATEMALA

Registros	Entidad a cargo	TIEMPO[18]	COSTO USD[20]
1. Sociedad 2. Representante Legal 3. Empresa 4. Autorización libros de contabilidad 5. Autorización libros corporativos 6. Aviso de emisión de acciones	Registro Mercantil	1 dia inscripción provisional[19] 14 dias inscripción definitiva. 1 dia acciones	59.99 timbres escritura de constitución[21] y patente 4.80 registro sociedad[22] 14.67 timbres nombramiento 10.00 registro nombramiento 13.33 registro empresa 2.00 libros contables 2.00 libros corporativos 2.00 auténtica de firma en formulario de presentación
7. Publicación	Diario de Centroamérica		70.08 publicación sociedad
8. NIT 9. Contribuyente IVA 10. Facturas 11. Habilitación libros contables	Superintendencia de Administración Tributaria (SAT)		NIT es gratuito 0.12 formulario contribuyente Registro de facturas gratis 6.66 habilitación de libros
12. Inscripción patronal	Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS)		Gratis
13. Inscripción libro de planillas[17]	Ministerio de trabajo y previsión social	8 a 15 dias	Gratis
	TOTAL	**24 a 31 dias**	**USD 186.37**

17 Según información publicada en: http://guatemala.e-regulations.com.

18 Tipo de cambio aplicado USD1 = Quetzales (GTQ) 7.50

19 La inscripción provisional se obtiene entre 8 y 24 horas después de presentar la documentación. Con la inscripción provisional se pueden iniciar operaciones, dado que los efectos de la inscripción definitiva se retrotraen a la inscripción provisional.

20 El monto establecido para la escritura de constitución es aproximado de acuerdo a la información disponible en http://guatemala.e-regulations.org. Los timbres fiscales y forenses no existen en otros paises como El Salvador.

21 Q6.00 por millar para inscripción de sociedad

22 Los patronos que ocupen de 3 a 9 trabajadores deben llevar un libro de planillas, autorizado y sellado

Honduras

A diferencia de los demás países de la región, en Honduras la administración del Registro Mercantil en Tegucigalpa[23] ha sido delegada a una entidad privada: La Cámara de Comercio e Industrias de Tegucigalpa (CCIT)[24]. A partir de 2006, esta entidad privada lleva a cabo el registro obligatorio de las sociedades mercantiles y en febrero 2008 lanzó la automatización del Registro Mercantil, de donde se pueden obtener las siguientes inscripciones: a) sociedad mercantil y b) registro tributario nacional.

HONDURAS

Registros	Entidad a cargo	TIEMPO[25]	COSTO USD[27]
1. Sociedad 2. Registro Tributario	Registro Mercantil	2 a 5 días	300 sociedad + timbres[28] 15 registro sociedad registro tributario es gratis
3. Publicación	Diario la Gaceta y otro de circulación nacional	1 a 6 días	35 publicación La Gaceta 15 publicación otro diario
4. Autorización libros de contabilidad	Dirección Ejecutiva de Ingresos	1 a 7 días	180 autorización de libros
5. Permiso de Operación Municipal	Alcaldía del distrito central	1 a 15 días[26]	67
6. Inscripción patronal	Instituto Hondureño de Seguridad Social	1 a 2 días	Gratis
7. Inscripción de trabajadores a INFOP	Instituto Nacional de Formación Profesional (INFOP)	1 a 3 días	Gratis
8. Inscripción al régimen de aportaciones privadas (RAP) y fondo social de la vivienda	Régimen de aportaciones privadas (RAP)	1 día	Gratis
	TOTAL	**8 a 39 días**	**USD 612**

23 En Honduras la inscripción de compañías es descentralizada, solamente en la capital (Tegucigalpa) el Registro Público de la Propiedad y el Comercio delegó la administración del Registro Mercantil en la Cámara de Comercio e Industria.

24 Otros países en Latinoamérica, como Colombia también han delegado la administración del Registro Mercantil en una entidad privada (Cámara de Comercio).

25 Según información publicada en: http://honduras.e-regulations.com. El tiempo descrito la duración del trámite administrativo para procesar la solicitud y obtener el resultado que se busca.

26 Tipo de cambio aplicado USD 1 = Lempiras (HNL) 18.66. La fuente para el cálculo de costos fue el reporte "Starting a Business in Honduras" del sistema "Doing business" del Banco Mundial

27 HNL 10 por pliego de papel sellado y HNL 30 a 300,000 en timbres del Colegio de Abogados.

28 Depende de la actividad de la sociedad la Municipalidad puede llevar a cabo una inspección.

Nicaragua

El Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (MIFIC) creó la Ventanilla Única para las Inversiones (VUI) para brindar servicio de asistencia y facilitar el depósito en un solo lugar de los documentos necesarios para realizar los trámites ante las entidades encargadas del registro de compañías. La VUI actúa como intermediario entre el inversionista, nacional o extranjero, y las cinco autoridades a cargo del trámite de inscripción. A través de sus servicios se pueden obtener las siguientes inscripciones: a) sociedad; b) comerciante; c) libros de contabilidad; d) poder; e) contribuyente (RUC); f) matrícula municipal; g) inversión extranjera. Además se necesita obtener, directamente ante las entidades a cargo, la afiliación al Instituto Nicaragüense de Seguridad Social –INSS– y una licencia de apertura en el Ministerio de Trabajo.

Al igual que en los otros países en Nicaragua los usuarios continúan teniendo la posibilidad de llevar a cabo los trámites de inscripción a través del trámite normal presentando directamente ante las entidades involucradas en el proceso de inscripción los documentos necesarios. Sin la asistencia de VUI los trámites toman más tiempo.

NICARAGUA

Registros	Entidad a cargo	TIEMPO[29]	COSTO USD[30]
1. Sociedad 2. Comerciante 3. Autorización de libros	Registro Público de la Propiedad Inmueble y Mercantil	**Trámite en VUI** 8 días (sociedad) 10 a 15 días (comerciante y libros) 1 día (15 min) 10 a 15 días 1 día (15 min)	100.00 sociedad[31] 5.55 comerciante 27.77 libros 2.77 registro de libros[32]
4. Contribuyente	Dirección General de Ingresos (DGI)		Gratis
5. Poder (representante legal)	Registro Público de la Propiedad Inmueble y Mercantil		6.11 poder
6. Matrícula municipal	Alcaldía de Managua		100.00 matrícula[33]
7. Afiliación patronal	Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS)	1 a 5 días	Gratis
8. Licencia de apertura	Ministerio de trabajo (MITRAB)	3 a 13 días	5.55 Licencia de apertura[34]
	TOTAL	**34 a 50 días**	**247.75**

29 Según información publicada en: http://nicaragua.e-regulations.com. El tiempo descrito la duración del trámite administrativo para procesar la solicitud y obtener el resultado que se busca. En la VUI los trámites se deben realizar en manera consecutiva

30 Tipo de cambio aplicado USD1 = Córdobas (NIO) 18

31 1% de capital

32 Córdobas 0.50 por cada página.

33 Cuando el capital social menor de 50,000.00 córdobas pagará 510.00 córdobas; y cuando sea mayor de 50,000.00 córdobas pagará el 1% sobre el capital social de la compañía.

34 Hasta 50 trabajadores se pagan 100 córdobas, el precio aumenta progresivamente de acuerdo al numero de trabajadores

IV. Tabla recapitulativa

	Costa Rica: San José	El Salvador: San Salvador	Guatemala: Guatemala	Honduras: Tegucigalpa	Nicaragua: Managua
Costo USD	318.28	234.43	186.37	612	247.7S
Tiempo	71 a 8S días	18 a 20 días	24 a 31 días[36]	8 a 39 días	34 a S0 días
Registro comercial	Público	Público	Público	**Privado**	Público
Seguimiento electrónico	n/a[35]	sí	sí	sí	**no**
Publicación	Diario la Gaceta	Diario Oficial y otro diario privado	Diario Oficial	Diario Oficial y otro diario privado	**No se publica**
Registros que se obtienen	1. Sociedad 2. Rep. Legal 3. Legalización de libros. 4. Contrib. S. Libros en DGT 6. INS 7. CCSS 8. Permiso de salud 9. Patente Municipal	1. Sociedad 2. Balance 3. Empresa 4. NIT S. Contribuyente 6. Facturas 7. INSS 8. Centro de trabajo. Fondo de pensión	1. Sociedad 2. Rep.Legal 3. Empresa 4. Autorizar libros conta. S. Autorizar libros corp. 6. Aviso de acciones 7. NIT 8. IVA 9. Facturas 10. Hab. libros contables 11. IGSS 12. Libro de planillas	1. Sociedad 2. Registro Tributario 3. Autorizar libros de conta. 4. Permiso Muni. S. IHSS 6. INFOP 7. RAP	1. Sociedad 2. Comerciante 3. Autorización de libros 4. RUC 5. Poder 6. Matrícula municipal 7. INSS 8. MITRAB
Número de entidades que se visitan	7	4	2	7	3
Registro de inversión extranjera	no	sí	no	no	sí
One-stop-shop	n/a	ONI	Ventanilla ágil	Cámara de Comercio[37]	VUI
Agencia Promoción de Inversiones	CINDE (privada)	PROESA	Invest in Guatemala	FIDE (privada)	Pronicaragua

35 En 24 horas se pueden iniciar operaciones con la inscripción provisional.

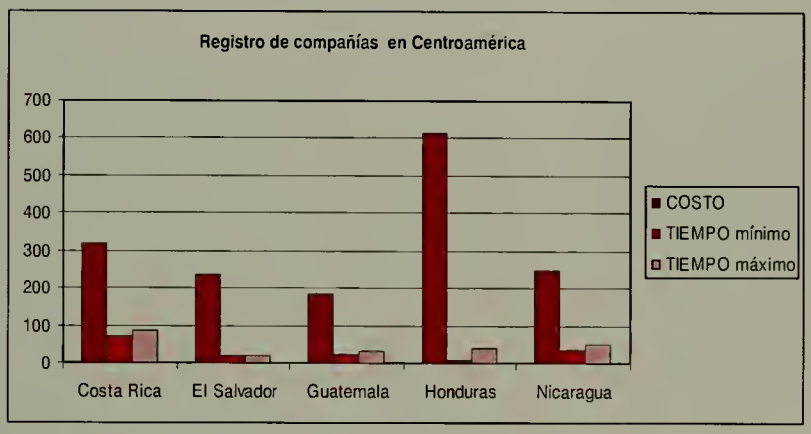
36 Solamente se puede consultar la disponibilidad de nombre de la sociedad a través del sistema de consulta electrónica IPAS.

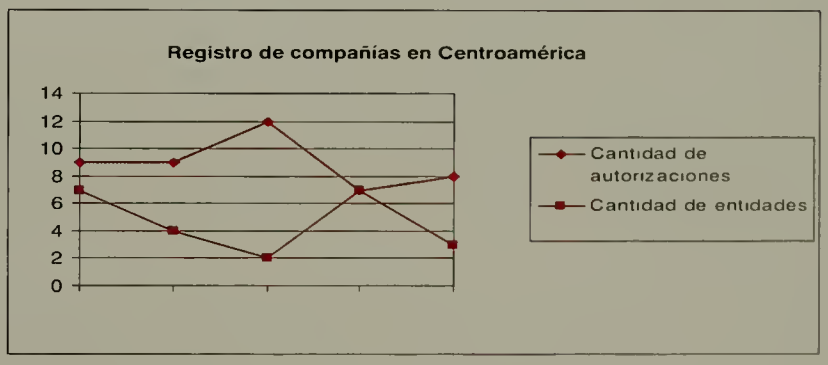
37 Dado que en la Cámara de Comercio de Tegucigalpa se pueden obtener los registros básicos y obligatorios de sociedad y el Registro Tributario lo consideramos como una ventanilla única.

V. Gráficas y promedios de los datos recopilados

En promedio se puede obtener la inscripción definitiva de una sociedad en Centroamérica en 30 días, y en los países donde se ha modernizado y digitalizado el Registro Mercantil el proceso es más corto. El costo de inscripción es proporcional al capital de la sociedad y en el ejemplo dado en esta nota el promedio fue de USD 320. Es interesante notar que en el único lugar donde se ha privatizado el registro mercantil (Tegucigalpa, Honduras) es donde se puede obtener más rápidamente la inscripción definitiva de una compañía; sin embargo como el tiempo es dinero, también es el país donde es más costoso inscribirla.

En promedio se deben obtener nueve autorizaciones para operar formalmente. Llama la atención el hecho que en el país donde se necesitan más autorizaciones (Guatemala) es donde los usuarios visitan menos instituciones, porque el servicio de ventanilla única está organizado para abarcar a casi todas las entidades que participan en el proceso de registro. Guatemala es también el único país donde no se solicita una inscripción municipal.





VI. Conclusión

La mayoría de gobiernos en Centroamérica ha llevado a cabo reformas administrativas para facilitar el registro de compañías y casi todos han creado servicios de ventanilla única para facilitar los trámites burocráticos para registrar compañías y operar en el mercado cumpliendo la ley. En Centroamérica se identificaron tres tipos distintos de reforma, y la información recopilada nos lleva a formular los siguientes comentarios:

a) **La reforma y modernización de entidades públicas existentes.** Es el ejemplo de Guatemala y El Salvador donde en un sólo lugar se coordinó a casi todos los entes involucrados en el trámite. Esta nos parece la mejor opción de política para fomentar la inscripción de negocios porque sin necesidad de grandes cambios legislativos, se volvió más eficiente la comunicación y coordinación de los entes involucrados en el proceso reuniendo a sus representantes en un sólo lugar donde se presenta toda la documentación. Al no crear nuevas entidades públicas y modernizar las existentes se ahorran recursos públicos y se brinda un trato no discriminatorio a todos los empresarios (nacionales o extranjeros).

b) **La creación de un servicio para la recepción y transmisión de solicitudes.** La creación de un nuevo ente público acarrea gastos y discriminación entre los usuarios del servicio facilitador (generalmente extranjeros). Esta opción sigue una filosofía orientada a la atención del usuario.

c) **La delegación al sector privado.** Una opción liberal justa cuando no se cuenta con los recursos para llevar a cabo las reformas que se necesitan. Esta es la opción que adoptó Honduras en Tegucigalpa.

Es positivo que en los países donde buena parte del mercado actúa de manera informal se estén llevando a cabo esfuerzos para facilitar los trámites de registro.

En Centroamérica, todavía, existe trabajo de simplificación administrativa a realizar por ejemplo: eliminar registros redundantes como el balance inicial, ya que el capital se encuentra indicado en la escritura de constitución.

Además, sería apropiado mejorar la transparencia y acceso a la información. En los países donde el registro existe en versión electrónica, sería útil contar con servicios de consulta en línea para verificar el registro de las compañías y así mejorar el acceso a la información pública de las empresas que se encuentran debidamente registradas. Este tipo de servicio existe en otros países y en algunos casos es suministrado por entidades privadas para ayudar a la evaluación de riesgos en las actuaciones comerciales, por ejemplo: www.dnb.com y www.dvdep.com.

Por último, dado que el tipo de registros necesarios en cada país es bastante similar estimo que en el proceso de integración centroamericana se debiera de evaluar el reconocimiento mutuo de los registros de las empresas para facilitar la creación del mercado único.

VI Bibliografia

Artículos

El costo de la Legalidad: "Diagnóstico de la tramitología en Guatemala" Micro, Pequeña y Mediana Empresa. Resumen ejecutivo preparado por Carmen Urízar. Septiembre 2004.

"Entrepreneurship and Firm Formation Across Countries" Leon Klapper, Rápale Amit, Mauro F. Guillén, Juan Manuel Quesada. The World Bank Development Research Group, Finance and Private Sector Team. August 2007.

"La serie *Doing Business*, comentarios y reflexiones". Doctor Eduardo Mayora Alvarado. Revista de la Facultad de Derecho No.25. Universidad Francisco Marroquín, Junio 2007.

Sitios web:

http://www.doingbusiness.org
http://Guatemala.e-regulations.org
http://Elsalvador.e-regulations.org
http://Nicaragua.e-regulations.org
http://Honduras.e-regulations.org
http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/frame.htm

Derecho y Política

Un mejunje indecente: Corrección política, insensibilidad jurídica y sectarismo

Por Karen Cancinos[1]

Introducción

Ni duda cabe de que en esta América Latina nuestra, las normas en las que el Derecho se plasma, además de expresiones meramente voluntaristas de los políticos de turno, son producto del juego de toma de decisiones públicas. Eso para menoscabo de la justicia, de la cual el Derecho debería ser manifestación y nunca contraposición. Lo que agrada al príncipe tiene fuerza de ley, reza un penoso adagio.

En este texto se sugiere que el reino del monarca que gobernaba por derecho divino ha sido sustituido por el reino de la corrección política, entendida ésta como la tiranía del discurso dominante. Se argumenta que en tal estado de cosas, son los adláteres de la corrección política quienes "reinan", en el sentido de que consiguen "leyes" a medida del servicio de sus intereses sectarios. Los promotores de la corrección política se caracterizan por exhibir desprecio por los principios del Derecho en primer lugar, y en segundo, pero no menos importante, por los fundamentos republicanos occidentales, comenzando por el Estado de Derecho: aquel en el que nadie, gobernantes o gobernados, está por encima de la ley.

Las avanzadillas de la corrección política –grupos de interés sectario sobre todo, además de ciertas vertientes de cooperación extranjera, organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales–, sin embargo, no están solas en su erosión de las instituciones jurídicas. Están bien servidas por la insensibilidad jurídica de quienes estarian llamados precisamente a lo contrario: los legisladores guatemaltecos.

Para ilustrar y reforzar las lineas de reflexión expuestas, se analiza el decreto 22-2008, "Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer", como uno de los ejemplos más recientes del vínculo entre corrección politica, insensibilidad jurídica y sectarismo.

Corrección política: ¿qué es y en qué consiste?

Se entenderá en estas lineas a la corrección politica como la tiranía del discurso oficial, desde un punto de vista politico, o del discurso de moda, si se amplía la perspectiva a la dinámica social general.

El término surgió en los años sesentas, propugnando que ciertas ideas, expresiones y conductas, hasta entonces perfectamente legales aunque desagradables (como llamar "maricas" a los homosexuales, por ejemplo), debían ser prohibidas por ley, y perseguidos penalmente quienes transgredieran tales disposiciones.

1 Karen Cancinos es politóloga graduada de la Universidad Francisco Marroquin con estudios de postgrado en economía política. Columnista del diario guatemalteco *Siglo Veintiuno* y colaboradora de medios digitales como el semanario del Hispanic American Center for Economic Research *HACER* y *Diario de América*.

Pero lo que empezó como una moda universitaria en aras de la promoción de la tolerancia, escaló con los años hasta un estado de cosas que bien puede resumirse en el eslogan "¡Viva el absurdo!". ¿Ejemplos?

- Elaboración de "leyes contra el racismo". Si los prejuicios de personas inseguras se eliminaran elaborando disposiciones legislativas, este tipo de "leyes" tendría sentido. Pero la lógica que favorece a la tolerancia no pasa por ejercicios de positivismo jurídico, sino más bien por la promoción de familias funcionales en las que se enseñe a los niños a no adscribir al prójimo defectos con base en prejuicios sobre pigmentos cutáneos diversos. Cabe aquí recordar que la tolerancia, surgida originalmente como un concepto favorecedor de la convivencia pacífica entre personas de religiones distintas, fue luego trasladada al campo social, donde se utiliza hoy, pero nunca refiriéndose a las ideas –no se debe ser tolerante, por ejemplo, con ideas que apologizan la violencia–, sino a las personas –en otras palabras, se tolera a las personas siempre, pero no hay por qué "tolerar" sus ideas si no se las comparte.

- Elaboración de "leyes de cuotas" de participación política para indígenas, personas de color o mujeres. Si la fortaleza y funcionalidad del sistema de partidos políticos, o la calidad de la gestión gubernamental, dependiera del pigmento cutáneo de sus actores o del signo de su sexo, este tipo de "leyes" tendría sentido. Pero la lógica que favorece a la inclusión de todo tipo de personas en la dinámica política no pasa –de nuevo– por ejercicios de positivismo jurídico, sino más bien por la promoción de las ideas correctas en los establecimientos educativos, el tipo de ideas que motivan a los niños a confiar en sí mismos para perseguir sus metas legítimas. En el caso de las niñas, si algunas de ellas tienen vocación para el ejercicio político, debería enseñárseles que pueden y deben honrar esa vocación cuando sean mayores, y que ello pasa por elegir un esposo –cuando sea el momento– que las apoye y no que las coarte, en lugar de perpetuar la idea de que son "víctimas" de la "dominación machista" que tanto esgrimen las feministas estridentes actuales. Usualmente se argumenta que no hay más mujeres en la arena política porque "sus maridos no las dejan participar". Es posible que ese sea el caso de algunas. Pero no resulta radical traer aquí a colación una verdad de Perogrullo: la vida de todos es siempre una ilación de escogencias. Elegir casarse con un hombre opuesto al ejercicio de la propia vocación implica, por definición, renunciar a la misma (al menos en gran parte). Esto es ignorado por las pretensiones políticamente correctas de inmiscuirse incluso en la vida doméstica de las personas, que cada vez resultan más intrusivas.

- Creación de un clima de opinión pública[2] cuya punta de lanza es la promoción de un mal entendido "derecho a elegir" (por ejemplo, elegir abortar o elegir acabar con la propia vida cuando así apetezca, o con la de otros si se les considera desechables) [3]. Ni duda cabe de que la corrección política, llevada a estos extremos, ha derivado en una suerte de eugenesia en Holanda, país en el que los ancianos, hoy, temen hospitalizarse pues no saben si el médico que los tratará es o no partidario de lo que se ha dado en llamar "muerte digna" (la expresión políticamente correcta para eutanasia). Ante la duda de ser considerados enfermos incurables y "caros" para el sistema, prefieren internarse en hospitales de la vecina Alemania, donde la eutanasia aún es ilegal.

---

2 La opinión pública se enmarca dentro de "la franja de discurso posible" (expresión de **Alberto Benegas Lynch**, hijo). Dicha franja, que se refiere al discurso aceptado por la generalidad ciudadana, es establecida por el trabajo intelectual de académicos –vía las ideas que suscriben, sustentan y enseñan en las universidades–, y comunicadores –vía editoriales, segmentos de opinión, programas de televisión, libros y películas.

3 La serie televisiva *Law and order*, en uno de sus episodios (la historia de una chica de 16 años, **Lauren Westley**), presenta al aborto como una "alternativa razonable", y a quienes se niegan a practicarlo, como "retrógrados criminales" que fuerzan a las mujeres a tomar medidas desesperadas –como hacer que les golpeen el vientre gestante para acabar con el embarazo– ante la imposibilidad de abortar legalmente. Peliculas como *Mar adentro* (**Alejandro Amenábar**, España, 2004) y *Million dollar baby* (**Clint Eastwood**, Estados Unidos, 2004) presentan historias que matizan de heroísmo la decisión de los protagonistas de acabar con sus vidas.

Por otra parte, la puesta en vigencia de ésta en Holanda ha derivado en una inaceptable erosión de uno de los principios en los que se fundamenta la institución de la medicina: la confianza del paciente en su médico[4] .

En síntesis, la corrección política no es "correcta" –en el sentido de integridad, pues no es coherente con un cuerpo de ideas bien definido, por lo que tiene de relativista y acomodaticia– ni "política" –en el sentido de espacio de interacción social, pues disgrega en lugar de hacer confluir, separa y no une–. Si tuvo orígenes nobles –que de hecho así fue, en el criterio de quien esto escribe–, ya no son tales. Se esfumaron al ser corrompidos por quienes hoy la suscriben, al hacer de ella un amasijo insufrible: la mezcla del concepto de tolerancia con reivindicaciones oportunistas y sectarias.

Insensibilidad jurídica: ¿qué es y en qué consiste?

La sensibilidad jurídica caracteriza a la tradición romana republicana de un genuino derecho privado. Se entiende como tal el derecho no contagiado por lo que el autor **José Lois Estévez** llama "cesarismo", es decir, el conjunto de normas resultantes del mero juego político, por definición acomodaticio, transitorio y cortoplacista.

Por eso puede afirmarse que la falta de sensibilidad jurídica, es decir, la insensibilidad jurídica, el cesarismo miope e irresponsable en suma, es la manifestación de un profundo irrespeto a las personas. Porque pasa ineludiblemente por el rechazo a los millones de decisiones que los seres humanos, viviendo en sociedad, toman a diario, y que son las únicas que, a la larga, conforman actitudes e idiosincrasias: el "plebiscito universal" del que habla **Francisco Pérez de Antón** en su *Ética de la libertad*. El desprecio por las escogencias de las personas no puede derivar sino en una cosa: en un entorno sin sensibilidad jurídica. En un clima así, la política, no como ciencia sino como ejercicio partidista, adquiere cada vez más y más preponderancia, al punto de situarse por encima del Derecho, politizándolo y, de esa manera, envileciendo lo que debería ser la expresión de normas legítimas.

No es ocioso señalar que las normas legítimas son aquellas que garantizan –o favorecen al menos– un marco de certeza razonable dentro del cual las personas puedan dedicarse a desarrollar sus proyectos de vida correctos (son correctos los que no conculcan proyectos de vida ajenos). Ese marco delinea un ámbito público pacífico, al que suele denominársele como la condición social en la que prevalecen reglas claras y estables.

De modo que, si las normas legítimas –que no son simples disposiciones legislativas o, peor aún, expresiones de coerción arbitraria gubernamental–, son sustituidas por disposiciones voluntaristas derivadas de la dinámica política partidista, sin importar si a éstas se les llama "leyes"[5], se está más pronto que tarde frente a la vulneración de la única igualdad posible y deseable: la igualdad ante la Ley. Lo peor es que esa transgresión se hace en nombre de la equidad y a ésta se la equipara con libertad[6].

Cabe hacer notar que la igualdad ante la Ley no es susceptible de ser "otorgada" por ningún gobernante, sino únicamente reconocida. La equidad, en cambio, sí es "concedida" al arbitrio de los polí-

4 Según el programa *La cultura de la vida*, en tema presentado el domingo 24 de junio de 2007, en el canal EWTN Televisión.

5 Leyes en el sentido legal pero no en el legitimo. *Las Leyes de Nuremberg*, por ejemplo, que establecían la expropiación de los judíos de Alemania y sancionaban toda clase de abusos contra ellos, eran perfectamente legales pues habían pasado por todos los cauces legislativos establecidos en los procesos del Parlamento alemán. Pero no eran legítimas por cuanto violaban la concepción más elemental de respeto a las personas, lo cual se resaltó y evidenció años más tarde, durante los famosos *Juicios de Nuremberg*, en los que se encausó a ex nazis acusados de crímenes de guerra.

6 **Alberto Mansueti**, abogado venezolano, sostiene que la dicotomía libertad versus igualdad es falsa. No hay nada que iguale más que la libertad, explica, puesto que, libres, las personas actúan conforme a lo que en ellas hay de más humano: el albedrío. La única limitación a éste, en una sociedad funcional, son las normas, que garantizan la libertad en lugar de coartarla.

ticos, a grupos de interés sectario y casi siempre a instancias de éstos mismos, organizados en grupos de presión. Tal es el caso del decreto 22-2008, "Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer", por las razones que se exponen en este texto y que denotan, en el criterio de quien las escribe, una alarmante insensibilidad jurídica en el país.

Sectarismo: ¿qué es y en qué consiste?

El sectarismo, entendido como reivindicación de prebendas inconfesables si se tratase de solicitudes individuales (la promulgación de una "ley" a medida de grupos de interés, por ejemplo, cosa que jamás podría pedir una persona para sí), se caracteriza por venderse como legítimo a punta de barnices de legalidad. Conseguir legislación con dedicatoria es su gran éxito, no sólo porque se reviste de una respetabilidad que de otro modo le sería refractaria, sino porque aparejada con la disposición legislativa va la obtención de recursos económicos que no derivan, por supuesto, de productividad propia sino de cabildeo político[7].

En política, por extensión y analogía del vocablo "secta", se le denomina sectarismo a la actitud fanática de los seguidores de una idea (o de un partido político, afirma **Rodrigo Borja**, tratadista ecuatoriano y ex Presidente de su país. Difiero sin embargo de esta última definición, pues un partido político sirve para encauzar *multitud* de ideas en cursos efectivos de acción).

Pero vayamos al análisis de la ley que nos ocupa, pues resulta un excelente ejemplo de un grosero potingue: la mezcla de corrección política e insensibilidad jurídica que sirve a sectarismos... o más bien a sus promotores.

7 Para la implementación del referido Decreto 22-2008 se destinaron 8 millones de quetzales para financiar "centros de apoyo" a lo largo de ocho meses, desde la aprobación de esa disposición hasta que finalice el presente año 2008.

El mejunje indecente: corrección política, insensibilidad jurídica y sectarismo

Los pasos del proceso parlamentario para la promulgación de la llamada popularmente "Ley contra el femicidio" tuvieron una enorme difusión. Periódicos, emisoras radiales y televisión recogieron con detalles el espectáculo de las diputadas al Congreso de la República tomándose una fotografía triunfalista todas juntas, así como las declaraciones de algunas de ellas y de activistas[8]:

- "Este es un logro histórico, que se convertirá en un instrumento para que las mujeres puedan reclamar que se garanticen sus derechos, que, hasta ahora, sólo se han violentado" (Rosa María de Frade, congresista, bancada Guatemala).
- "Cientos de mujeres han muerto asesinadas de formas espantosas. Esperamos que esta nueva norma sirva para que cesen esos hechos violentos" (Zury Ríos, congresista, bancada FRG).
- "Es una victoria para todas las mujeres del país, porque después de muchos años los diputados entendieron que se debe legislar en este tema" (Mirna Ponce, ex congresista y activista del "Movimiento de mujeres").
- "Esta ley será una herramienta muy importante para que las mujeres podamos defendernos. Ahora los agresores lo pensarán más antes de violentar nuestros derechos, pues hay nuevas penas para castigarlos, de forma más severa" (Norma Cruz, activista de la "Fundación Sobrevivientes").

El activismo sectario, si bien ocurre en todas partes, todo el tiempo, en América Latina aparece como un fenómeno exacerbado, pues es de raigambre popular en estos países nuestros el irrespeto al derecho ajeno. Otra cosa sería si se le enseñase a los

8 Según consignó el diario *Prensa Libre* en su edición del 10 de abril de 2008.

niños y jóvenes tolerancia (entendida como lo que es: negación a juzgar a otros tomándose uno mismo por modelo). En tal clima, podrían confrontarse pacíficamente perspectivas y visiones. Pero como no se parte de tal conducta, usualmente se busca, ante la falta de respeto por las ideas y comportamientos ajenos, ridiculizarlos y deslegitimarlos. ¿De qué manera? Definiendo como moralmente superior el propio círculo, sea éste feminista, homosexual, étnico, socioeconómico o hasta ecológico. Pues bien, la ley de marras es el resultado de menguar con ataques mediáticos, a lo largo de varios años, al matrimonio y la familia tradicional, atribuyéndole una dinámica pobre y hasta dañina.

Si a matrimonio y familia se les imputa constantemente perjuicio para los individuos, especialmente para las mujeres; si a quienes optan por ellos se les endilga estupidez y vocación borreguil, es cuestión de tiempo que los aspavientos de sus detractores cobren fuerza y adquieran un cariz sectario profundo. Tal sectarismo no es percibido por quienes lo ostentan pues consideran a los demás moralmente inferiores, "homofóbicos", "conservadores" o "fariseos". Y es también cuestión de tiempo que semejante incapacidad de respetar a los otros tal como son se plasme en una "ley" que, de paso, destine recursos a ser administrados por los sectarios, pero suministrados, eso sí, por los despreciados "homofóbicos", "conservadores" o "fariseos". Pues bien: eso es precisamente lo que ha sucedido en Guatemala con la promulgación del Decreto 22-2008.

Tal decreto celebra la corrección política y el sectarismo a más no poder. Ambos fueron elevados a los cuernos de la luna en el momento de su promulgación, cuando pétalos de rosa fueron lanzados al hemiciclo del Congreso por activistas que presionaron años por su aprobación.

Obtuvieron su "ley" finalmente. En ella se consigna una palabreja, "femicidio", definida como "asesinato de una mujer en el marco de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres". Con esa retórica, y en la línea ilógica que estructura a todo el documento, se podría perfectamente definir al "chofericidio" como "asesinato de un conductor de bus urbano en el marco de relaciones desiguales de poder entre criminales y honrados", o el "canicidio" como "asesinato de un perro en el marco de relaciones desiguales de poder entre cuadrúpedos peludos y bipedos implumes".

Resultaría incluso cómico el elogio al disparate que este mamotreto políticamente correcto representa, si no fuera tan perjudicial para el sentido de responsabilidad que debe estar enraizado en cualquier adulto. Es sumamente ridícula, por ejemplo, la definición de "violencia sexual" como "denegación de uso de métodos de planificación familiar". Qué tergiversación del lenguaje. Qué revoltijo conceptual. Qué idiotez, en suma. La violación sí es violencia sexual, y por eso es tipificada como crimen en Guatemala y en todas partes, desde siempre. De ahí que constituya una figura de derecho penal.

La "denegación de métodos de planificación" no es violencia sexual, sino manifestación de una relación disfuncional. ¿Cómo una mujer en sus cabales va a tener relaciones sexuales con quien no se ha puesto de acuerdo previamente sobre la cuestión de los hijos, siendo un tema tan importante? Si una mujer se va a la cama sin tal acuerdo con su marido, que asuma las consecuencias de sus acciones sin chillar: "soy víctima de violencia sexual", pues ofende a quienes han sufrido la horrible experiencia de ser violadas.

Es una sandez consignar "violencia económica" como "menoscabo de los bienes de la mujer o la retención de documentos que acrediten sus propiedades". Si una fémina quiere trasladar a un patán o a un mantenido con quien alegremente duerme y come, la responsabilidad del manejo de lo suyo, que encare los resultados de su decisión sin berrear: "soy víctima de violencia económica", pues escarnece a quienes han sufrido la horrenda vivencia del robo a manos de escoria callejera (o gubernamental, que el afán saqueador no es privativo de pandilleros y malandrines que operan abiertamente).

La corrección politica y el sectarismo han enviado mensajes nefastos a la ciudadania, especialmente a las personas de sexo femenino, en este caso que nos ocupa: "A la hora de ejercer derechos griten que son todas unas mujeres, pero cuando se trate de afrontar obligaciones vuélvanse nenas indefensas". Y es que la inclinación comodona de mujeres que invocan su libertad para elegir pareja pero que pretenden trasladar a otros las consecuencias de sus elecciones desatinadas –un cónyuge desobligado o abusivo, por ejemplo–, conviene a los activistas sectarios. Cualquier lectura que se haga de la actividad de estos grupos de interés conduce a una sola cosa sobre su *leitmovit*: cuota de poder (con lo que ello conlleva por supuesto; usualmente, asignaciones de dineros públicos).

No hay que perder de vista que un despropósito del calibre del Decreto 22-2008 no hubiese podido ser integrado al cuerpo juridico del país sin la aquiescencia de los medios de comunicación políticamente correctos, primero, y los legisladores sin sensibilidad jurídica, después.

Conclusión

Así como en el ámbito político, el relativismo ético se disfraza de corrección politica, en el jurídico, la vocación acomodaticia y el apocamiento moral toman la forma de insensibilidad jurídica. Ésta es el caldo de cultivo de mal llamadas "leyes" que no sólo estimulan sino que hasta premian los estropicios de la irresponsabilidad y la autocomplacencia.

Por eso la corrección política, entendida como lo que hoy es –preeminencia de un discurso dominante, político o no–, y no como lo que fue en sus origenes –movimiento estudiantil promotor de la convivencia pacífica en diversidad–, no es inofensiva: está ligada inextricablemente con sectarismos de todo tipo.

Las razones de tal peligro se pueden compendiar en la constatación que puede hacerse, al hacer una lectura honesta de la realidad, de que la corrección politica y el sectarismo, al promover la insensibilidad jurídica, socavan también la libertad, en todas sus vertientes: política, económica, moral y jurídica.

Al hacer una consideración muy breve sobre estas dos últimas, el mejunje indecente conformado por la triada descrita –corrección política, insensibilidad jurídica y sectarismo– resulta aun más repulsivo. Porque cuando una sociedad está librada a la sanción y a la arbitrariedad de modas de pensamiento (siempre promovidas por individuos o grupos, en el ejercicio del poder público o no), en lugar de apegarse a un marco de certeza razonable, delimitado por leyes legítimas, la erosión social no tarda en hacerse aparecer y, con ella, la pérdida de libertad. Porque cuando se depende de la sanción exterior –lo que piensan otros que está bien–, sin importar si ésta proviene de esferas gubernamentales o civiles (grupos sectarios), y cuando se acoge el discurso dominante sin cuestionarlo y menos confrontarlo si choca con los valores propios, la libertad más fundamental –el ejercicio del albedrío– se esfuma.

La modesta sugerencia de la autora de estas líneas es que, aunque no es fácil que el principio republicano de igualdad ante la ley prevalezca, dado el peso del cabildeo politicamente correcto de los grupos de interés sectario y la insensibilidad jurídica del grueso de legisladores guatemaltecos, se acepte con firmeza la premisa de que las ideas tienen consecuencias. Sólo de esa manera en la formación que reciben los futuros abogados en las facultades de Derecho del país, se macerarán las ideas correctas. Tal cosa, más que sólo deseable, es imperativa. Pues son los hoy estudiantes quienes mañana, con un bagaje conceptual claro y correcto, darán forma a las normas que configuren el andamiaje jurídico del país, o eliminarán de nuestro ordenamiento aquellas disposiciones voluntaristas, arbitrarias, políticamente correctas, hechas, en fin, a la medida del servicio de intereses sectarios.

Referencias bibliográficas

Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la política*. México, D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 1998, c1997

Cancinos, Karen. *Las emprendedores sociales como agentes de incarrección política*. "Emprendedores sociales, líderes solidarios" Tomo I. Centro de Investigaciones Humanismo y Empresa de la Universidad del Istmo. Guatemala, 2007.

Pérez de Antón, Francisco. *Ética de la libertad*. San José, Costa Rica: Libre Libre-CEES, 1991, c1979. Edición 2.

Referencias de internet

Benegas Lynch (h), Alberto. *Las intelectuales y la política*. Tópicos de actualidad, Año 32, 1990. No. 714 Versión digital. http://www.biblioteca.cees.org.gt/topicos/web/topic-714.html

Blas, Ana Lucía, y Osorio, Jéssica. *Aprueban ley contra femicidia*. http://www.prensalibre.com/pl/2008/abril/10/231181.html

Cancinos, Karen. *Las réditas de la estupidez*. http://www.sigloxxi.com/index.php?link=opinion&opinionid=3986

Congreso de la República de Guatemala. *Decreto Número 22-2008*. http://www.congreso.gob.gt/archivos/decretos/2008/gtdcx22-2008.pdf

Estévez, José Lois. *Sensibilidad jurídica*. El correo gallego, 19-08-2002. http://www.horagar.com/Prensa/Correo_Gallego/2002/2002-08-19.pdf

Satanizando al libre mercado: una medida más de la izquierda re inventada

Licda. Ana Gisela Castillo[1]

A nadie escapa a la crisis financiera mundial provocada por la irresponsabilidad de varios agentes del mercado. No deja de sorprender y merece todo tipo de condena el caos provocado por la ligereza y la falta de un profundo análisis de riesgo que debe exponerse en los mercados financieros donde se apuesta y se invierte el dinero ajeno.

Dentro de las principales características que impregnan los mercados financieros es la rapidez con la que las operaciones se llevan a cabo, parecería que no hay tiempo para detenerse en el análisis y en la exposición de riesgos, error recurrente cuando el exceso de liquidez relaja a los agentes del mercado y se aligeran las medidas de precaución buscando todo el tiempo mejorar los rendimientos.

La mayoria de las crisis financieras están llenas de buenas intenciones, salvo las defraudaciones que no son tema del presente artículo, ya que contra el engaño y la estafa sólo cabe hablar de acciones penales, me atrevería a asegurar, con el riesgo que conlleva este tipo de generalizaciones, que la mayoría de problemas financieros vienen de tratar de salir de un problema a corto plazo causando otro mayor en el mediano o largo plazo, pero repito nunca con la intención de antemano de fraguar un esquema de defraudación.

Con mucha preocupación he leido en los últimos días, tanto en las noticias internacionales como en las locales, que el libre mercado o las teorias liberales son los grandes culpables, por su culpa y por su gran culpa es que estamos metidos en este hoyo financiero sin precedentes. Haber dejado al mercado financiero en manos de los liberales ha provocado este desmán, la avaricia y codicia de los liberales que sólo buscan el lucro como satisfacción trae como consecuencia que miles de personas pierdan grandes inversiones, sus empleos y hasta los ahorros de toda una vida, por lo que no queda más remedio que el Estado tome las riendas del asunto y empiece actuar. Por su parte, los Estados que poco saben de esto pareciera que salen corriendo a buscar en sus libros de economia de antaño, medidas desesperadas, cargadas de politicas cortoplacistas para paliar la crisis. Empiezan a sonar de nuevo las teorías de economistas como Keynes como una solución, se hace un llamado urgente a la necesidad de un Estado paternalista que tome las riendas y nos resuelva.

Lo cierto es que el sistema financiero desde hace mucho tiempo dejó de estar en manos de los libertarios o regido por el libre mercado, y son precisamente las constantes intervenciones del Estado y entidades supra regionales las que causan las distorsiones e incentivos perversos. No cabe hablar de libre mercado cuando hay una sobre regulación del Estado que vigila, supervisa y fiscaliza cada movimiento que se trata de hacer en el mercado. Hasta la banca más convencional está atada de manos sujeta al ente supervisor.

---

1 Catedrática de la Facultad de Derecho, cátedra Sistema Financiero décimo semestre, Graduada de Abogado y Notario de la Universidad Francisco Marroquín, con una Maestría en Derecho Financiero de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.

Cada día son más las invenciones jurídicas que van desde la creación de un cuchubal de dinero obligatorio donde el banquero responsable le paga al irresponsable sus tonterías hasta el nacimiento de figuras delictivas cuando se trata del manejo del bien de intercambio por excelencia. Todo lo anterior no provoca más que incentivos perversos y estructuras paralelas que encarecen tremendamente la operación financiera.

Da la impresión que los mercados financieros tienen lo peor de los dos mundos, por un lado son estrictamente vigilados y sobre regulados por un ente estatal quien ha hecho creer a la población que lo hace en su defensa. Sobre regulación ineficaz, tardía y distorsionadora y por el otro lado son comerciantes que buscan lucrar atados de manos, donde en varias oportunidades les toca competir con el Estado en condiciones muy desfavorables.

Haber dejado al sistema financiero en manos del libre mercado hubiese sido diferente, el mercado manda señales implacables y transparentes a sus agentes; y lo más importante es que atribuye responsabilidad a cada sector que participa, agentes y usuarios.

Decir que la crisis financiera se debe al libre mercado no sólo es una tremenda falacia sino pareciera ser que lo que se pretende es satanizar las teorías económicas liberales por parte de una izquierda re inventada, sin propuestas y sin argumentos.

Entrevista

Práctica y docencia

Licenciada Thelma Noemí del Cid Palencia
Abogada y Notaria y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala en 1984.
Pensum cerrado Maestría Derecho Penal, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Experiencia Laboral:
- *Empresa Eléctrica de Guatemala.*
- *Oficina Profesional - especializándose en áreas laboral, familia y civil.*
- *Organización Internacional del Trabajo como Coordinadora de Proyectos.*
- *Juez Quinto de Primera Instancia Penal*
- *Juez del Tribunal Décimo de Sentencia Penal*
- *Presidenta de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.*

Labor Didáctica:
- *Conferencista para la OIT*
- *Catedrática de Derecho Procesal Penal en la Universidad Francisco Marroquín*

¿Qué la motivó a interesarse en el derecho?

Mi recuerdo más claro es que mi papá administraba fincas de café y caña en la costa sur de Guatemala. Siempre veía a los trabajadores y pensaba que esas personas merecían un trato mejor. Allí empezó la inquietud por ser abogada, cuando tenía diez o doce años aproximadamente, inicialmente motivada por el derecho laboral.

¿Cómo llegó a involucrarse en la rama penal?

En 1994 vino a Guatemala el Doctor Alberto Binder, para trabajar el proyecto del nuevo Código Procesal Penal. En la Sala de Vistas de la Corte Suprema de Justicia, recibimos un curso impartido por él y nos preparó en el nuevo enfoque del Código Procesal Penal y el Sistema Acusatorio. El examen fue oral y recuerdo que me dijo "usted tiene todo lo que se necesita para ser un buen juez penal o buen abogado penalista".

En 1998, se publicó en los medios de comunicación una convocatoria del Organismo Judicial para optar al cargo de Jueces de Primera Instancia Penal, la preparación duró 6 meses y en la evaluación obtuve el primer lugar, derivado de ello me nombraron Juez Quinto de Primera Instancia Penal; en donde laboré aproximadamente cuatro años. Después me nombraron Juez del Tribunal Décimo de Sentencia Penal. En el año 2004, me postulé para el cargo de Magistrada de la Corte de Apelaciones y después del proceso en la Comisión de Postulación, me eligió el Congreso de la República para el período que finaliza en el 2009.

¿Desde hace cuánto tiempo trabaja en el Organismo Judicial?

He laborado en el Organismo Judicial desde el 1 de junio de 1999.

¿Dentro del Organismo Judicial cuál ha sido la situación más problemática que ha manejado?

Como Juez Quinto de Primera Instancia Penal, conocí varios casos de relevancia, recuerdo el caso MICIVI y varios procesos instruidos por delitos de narcotráfico y en contra de entidades financieras. Al frente de la Sala Segunda conocí del Recurso de Apelación Especial en el Caso Gerardi y varios re-

cursos de Apelación Común en procesos tramitados en contra de Bancos del Sistema; realicé pesquisa de varios antejuicios entre ellos el de un diputado vinculado al caso Parlacen.

¿Cree usted que es más difícil para una mujer ser juez?

Creo que no, es igual la dificultad para hombres y mujeres; de lo que sí estoy convencida es que por el hecho de ser mujer en ocasiones se limitan las oportunidades para acceder a la carrera judicial. Se ha tratado de cambiar esa situación y de hecho es uno de los objetivos de la Ley de la Carrera Judicial, que se acceda a la carrera por méritos académicos y por capacidad.

¿Cuál cree que es el mayor problema de la aplicación de justicia hoy en día en nuestro país?

Estoy dentro del Organismo Judicial, pero no puedo dejar de ver que existe un problema serio de politización en el procedimiento de selección de Jueces y Magistrados, de igual manera existen casos de corrupción sin investigar y falta de recursos.

¿Por qué corrupción? Porque en una Sala de Apelaciones, cuando se revisan expedientes y resoluciones, se puede advertir en qué casos el juez acomodó la interpretación de la norma al caso para satisfacer ciertos intereses. Si bien es cierto, se tiene la oportunidad de corregir esas irregularidades y actividades defectuosas, no siempre es posible acreditar que lo ocurrido es responsabilidad del juez.

Falta de recursos, porque aunque se han hecho esfuerzos por dar cobertura a la administración de justicia en el interior de la república, aún hace falta muchos juzgados en varios de los municipios y departamentos, para garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso a la justicia.

¿Cree usted que las mujeres son más responsables al momento de cumplir con sus obligaciones, en la función judicial? ya que mucho se ha escuchado que las jueces son más sensatas, justas, rectas en su actuar y tienen más valor al momento de tomar decisiones.

Creo que la mujer, a diferencia del hombre, (y qué bueno que viene un joven a realizar la entrevista), tiene una sensibilidad especial para saber cuándo una decisión es justa o injusta, pero no debemos olvidar el derecho porque no somos jueces y magistrados de conciencia, por ejemplo en lo penal está el Sistema de la Sana Crítica Razonada que nos permite valorar la prueba de forma objetiva.

La mujer es más disciplinada, ordenada en el tiempo del despacho judicial lo que facilita cumplir con plazos al dictar resoluciones y creo que en ocasiones no nos importan los riesgos si el cumplimiento de la función lo exige.

¿Qué la motivó a fungir como catedrática de Derecho Procesal Penal?

Pienso que deben aprovecharse las vivencias y experiencias del despacho judicial, ya que hay una brecha entre la teoría y la práctica, que es necesario trasladar a las nuevas generaciones de profesionales los resultados de la experiencia y creo es el mejor tiempo invertido pues los ahora estudiantes de derecho serán los futuros jueces, magistrados y funcionarios involucrados en la justicia penal.

¿En qué manera ha influido su aprendizaje y experiencia como juez en la didáctica de sus clases?

Bueno siempre digo a los alumnos que tengo un profundo respeto por los profesionales, que se dedican exclusivamente a la docencia, pero quienes alternamos la docencia con la práctica, tenemos problema para dosificar la cantidad de información que trasladamos; en mi opinión es una experiencia que nos permite conocer la opinión de los estudiantes acerca de la función judicial, conocemos lo que dicen los medios de comunicación, las partes, pero ustedes

(los estudiantes) son parte de la sociedad y futuros profesionales de este país; creo que el juez no debe permanecer en una esfera, hay que conocer cómo se percibe la función judicial.

¿Qué mensaje le daría a los alumnos, estudiantes de derecho con respecto a la carrera judicial?

Fue la mejor elección, es una carrera bendita, se puede trabajar en el ejercicio liberal eligiendo los casos, en el ámbito privado e internacional con asesorías; o en la función pública y antes de elegir una maestría resulta ideal realizar prácticas para facilitar la elección de la especialidad.

¿Se necesitan más jueces en Guatemala?

Creo que sí, por el problema de cobertura. Además, en la selección deben destacar los méritos, principios y valores de los profesionales que se elijan para ingresar a la carrera judicial, pues más adelante se dificulta cambiar a la persona.

La educación en valores es algo que las Universidades no siempre atienden, aunque se considere que esa formación le corresponde a la familia, hay que reforzarla.

¿Cuál cree que es el mayor problema de la aplicación de justicia?

Yo pienso que los mayores problemas son la influencia política en la selección y elección de jueces y magistrados y algunos casos de corrupción; debemos buscar soluciones inmediatas a estos problemas, procurando cambios en las leyes y procedimientos.

¿Cuál es su visión en cuanto a la juventud (que se dedica al estudio del derecho) y el desarrollo en el sector justicia a mediano plazo?

No deben ser espectadores, conocer los problemas existentes, les debe motivar para concluir la carrera e involucrarse en cualquier ámbito para ser factores de cambio, no deben olvidarse que hay muchos grupos que influyen en la toma de decisiones y políticas, en los cuales deben participar, o en su caso promover la formación de otros grupos, con la finalidad de influir en las decisiones del sector justicia.

Entrevista realizada por:
Diana Morales y Javier Bauer

Preguntas realizadas por:
Paulina Pontaza y Fernando Barrios

SERVIPRENSA

Esta publicación fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa S. A. en el mes de diciembre de 2008. La edición consta de 500 ejemplares en papel cuché mate base 80.

UFM-BIBLIO
506909

AÑO XVI - No. 26
2008
Primera época
ISSN 1562-2576

UFM

Facultad *de*
DERECHO